PIERO CALAMANDREI

OPERE GIURIDICHE

VII

LA CASSAZIONE CIVILE

PARTE SECONDA

COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO

Roma TrE-Press
2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

La memoria del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

7

Piero Calamandrei

OPERE GIURIDICHE
Volume VII

La Cassazione civile
(Parte seconda)

con una Nota di Mauro Cappelletti

Riedizione a cura della
Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei
Istituzione del Comune di Montepulciano
e della
Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" – Roma

RomaTrE-Press
2019

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press
Roma, settembre 2019
ISBN: 978-88-32136-53-1

http://romatrepress.uniroma3.it

Le eredi di Piero Calamandrei, titolari dei diritti sulle sue opere, hanno autorizzato la Roma TrE-Press a diffondere in *open access* questo volume i cui contenuti sono assoggettati alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International Licence* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale. Il volume, oltre che sulla piattaforma della Roma TrE-Press è disponibile su quella di Google Books.

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
La memoria del diritto

Con la Collana "*La memoria del diritto*" il Dipartimento di Giurisprudenza di Roma Tre intende offrire alle comunità dei giuristi, italiani e stranieri, la possibilità di accedere, a distanza e in formato digitale, a classici ormai introvabili e spesso conservati ormai nei "fondi" delle Biblioteche.

Il diritto è una disciplina intrinsecamente storica, costruita su materiali normativi e concettuali che si sono formati e stratificati con il passare dei secoli. La conoscenza delle opere dei grandi Maestri risponde ad esigenze al tempo stesso metodologiche e culturali. "Memoria" è un vocabolo che esprime una tensione creatrice fondata sullo studio e la rivisitazione del passato.

Questa Collana si aggiunge all'altra Collana di Dipartimento "*L'unità del diritto*" esprimendo la complessità, ma anche la unitarietà diacronica e sincronica, del fenomeno giuridico.

La opzione per pubblicazioni in *open access* risponde pienamente al progetto di Dipartimento di Eccellenza: l'Università in quanto istituzione di formazione e di ricerca finanziata da risorse pubbliche ha un obbligo – ma anche un precipuo interesse – a diffondere con un raggio quanto più ampio i risultati delle proprie attività, creando esternalità positive e offrendo la possibilità anche a chi non è direttamente impegnato nella ricerca universitaria a sviluppare proprie piste di indagine e arricchendo i propri orizzonti culturali.

La scelta di inaugurare la Collana con i dieci volumi delle "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei vuole essere emblematica, creando un ponte intellettuale che copre oltre un secolo e che si proietta, grazie alla acutezza del grande Giurista e uomo politico, nella contemporaneità.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Presentazione della riedizione

La Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, istituzione del Comune di Montepulciano e la Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" di Roma sono liete di rendere accessibili agli studiosi del diritto così come ad un più ampio pubblico le "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei, attualmente purtroppo reperibili solo nelle biblioteche.

L'opera multiforme di Piero Calamandrei (1889-1956) spazia dal diritto alla letteratura, alla poesia, alla pittura, alla fotografia e non cessa di offrire spunti attualissimi di acuta riflessione sulle istituzioni, i principi che le devono reggere, i rischi e le sfide della democrazia.

Queste "Opere Giuridiche" possono dunque essere lette in congiunzione, non solo ideale, con quelle pubblicate o ripubblicate in questi anni grazie alla cura di eminenti giuristi e studiosi ed ai tanti ritrovamenti archivistici di inediti significativi. Oltre ai classici *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, l'*Inventario della casa di campagna* e *Uomini e città della resistenza* citiamo l'edizione integrale dei *Diari (1939-1945),* gli inediti *Fede nel diritto, Non c'è libertà senza legalità , Il fascismo come regime della menzogna* e le raccolte *L'avvenire dei diritti di libertà, Patologia della corruzione parlamentare, Per la scuola, La burla di primavera* .

Nel licenziare l'opera per la sua diffusione planetaria in *open access* un particolare ringraziamento va a Google Books e alla sua squadra, che ha curato una scansione digitale di qualità, a Matilda Cappelletti, figlia di Mauro Cappelletti allievo prediletto di Calamandrei e curatore, fra gli anni '70 e '80, della edizione delle "Opere Giuridiche", al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre che ha voluto dare vita, per l'occasio-

ne, alla Collana "*La memoria del diritto*", un titolo che pensiamo sarebbe piaciuto al grande Maestro. Ed infine alla Roma TrE-Press che continua nella sua meritoria opera di rendere accessibile a tutti, senza oneri, i risultati delle ricerche universitarie.

Silvia Calamandrei
Presidente della Biblioteca
e Archivio Storico
Istituzione del Comune di Montepulciano

Vincenzo Zeno-Zencovich
Presidente della Fondazione
"Centro di iniziativa giuridica
Piero Calamandrei" - Roma

ATTUALITA' DI PIERO CALAMANDREI, PROCESSUALISTA

1.- Ristampare oggi le *Opere giuridiche* di Piero Calamandrei non è soltanto un modo efficace per offrire agli studiosi del processo civile un facile accesso a preziosi volumi ormai fuori commercio; significa anche e soprattutto riconoscere il profondo legame fra le origini della dottrina processualcivilistica e il futuro del processo civile, che attraversa il passato meno recente per giungere fino all'attuale presente, secondo una continuità e un destino che sono in realtà fuori dal tempo, ciò che avviene solo ed esclusivamente per i "classici".

Questa consapevolezza era già viva nei giuristi del passato che, con amorevole cura e lungimirante dedizione, ebbero l'idea di raccogliere – sotto la guida di Mauro Cappelletti – tutti gli studi giuridici di Piero Calamandrei: le monografie sulla *Cassazione civile* e sulla *Chiamata in garanzia*, le *Istituzioni del processo civile* e gli scritti che si fa fatica a qualificare come «minori», costituendo delle vere e proprie pietre miliari in tema di teoria generale del processo, di prova civile, di vizi della sentenza e mezzi di impugnazione, di tutela cautelare e di giustizia costituzionale.

A quella lodevole iniziativa parteciparono, con brillanti saggi introduttivi, studiosi del calibro di Virgilio Andrioli, Enrico Tullio Liebman, Tito Carnacini, Vittorio Denti, Giovanni Pugliese, Costantino Mortati, riuniti dall'idea di appartenere ad una comunità accademica coesa e consapevoli di essere di fronte a studi di intramontabile valore, i quali vennero presentati con il rispetto e con l'ammirazione che merita un autentico fondatore della disciplina.

Chiunque rilegga oggi uno qualsiasi dei saggi di Piero Calamandrei ne può constatare la profondità del pensiero, la ricchezza degli spunti, l'originalità dei risultati, l'eleganza della prosa, la viva e perdurante attualità.

La vastità del pensiero dell'insigne giurista fiorentino – che è stato ad un tempo Professore di diritto processuale civile, Rettore dell'Università degli Studi di Firenze, Presidente del Consiglio Nazionale forense e Deputato dell'Assemblea Costituente – non si presta ad una minuta e noiosa rassegna, proprio per la straordinarietà della sua vita scientifica e umana. Ci limitiamo , quindi, a segnalare alcune delle idee più significative del suo insegnamento, che possono ormai considerarsi patrimonio comune dell'odierna dottrina processualcivilistica, anche in considerazione dei successivi sviluppi: la natura della Cassazione civile, la visione del processo come gioco, la funzione della tutela cautelare, i concetti di verità e di verosimiglianza nel processo.

2.- La Cassazione, quale organo supremo di giustizia e regolatore dei rapporti tra le diverse giurisdizioni, costituisce il risultato più significativo ed importante dell'opera scientifica di Piero Calamandrei, sebbene, all'epoca, questa avesse suscitato le perplessità ricordate da Virgilio Andrioli.
Nel 1933, nel decennale della Cassazione unica, Piero Calamandrei scriveva che «la porta, per la quale la scienza del diritto entra più liberamente nelle aule di giustizia, è quella della Cassazione unificata».
Nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente, quando si discuteva dell'art. 102, corrispondente all'attuale settimo comma dell'art. 111 Cost., Piero Calamandrei arrivò in ritardo. Nella prima parte del dibattito, Giovanni Leone difese la proposta della Commissione contro gli emendamenti diretti a reistituire le Cassazioni regionali, sostenuti anche da Palmiro Togliatti e da Vittorio Emanuele Orlando.
Nel rinnovato quadro normativo, ma quando si riteneva ancora che parte delle disposizioni della Carta fondamentale della Repubblica fossero meramente «programmatiche», la Cassazione riconobbe che l'art. 111, comma 2 (oggi 7), avesse immediata portata precettiva (Cass., sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.*, 1953, I, 1248).
L'assemblea generale della Corte di Cassazione del 23 aprile 1999 aveva segnalato i rischi paventati per l'attività della Corte.
La crescita esponenziale dei ricorsi, dipendente in buona parte anche dalla riforma del contenzioso tributario e, da ultimo, dalle controversie in materia di immigrazione, ha creato, per la Corte, una situazione di emergenza.
Quest'ultima, a sua volta, ha suscitato una frenesia legislativa che, pur diretta

a porre rimedio, ha fatto del procedimento di legittimità un gioco dell'oca (*Foro it.*, 2018, V, 213), privo di oggettiva base razionale e mortificante anche per i magistrati.
La cattedrale della giustizia è un edificio alla manutenzione del quale contribuiscono gli studiosi e gli operatori.
La porta, che Piero Calamandrei ha contribuito ad aprire e che salutava con soddisfazione nel decennale della Cassazione unica, è mantenuta aperta dal dialogo sui contrasti di giurisprudenza e sulle questioni processuali controverse.
Il controllo di legalità che la Costituzione ha affidato alla Corte, anche grazie al contributo di Piero Calamandrei, presuppone che, come prevede la legge, le decisioni siano il frutto di un'opera collegiale e del confronto aperto anche all'esterno.
Non mancano, anche a causa della enorme mole di lavoro, note autonome, che si distaccano dall'armonia dell'orchestra.
Proprio in riferimento al contributo giovanile di Piero Calamandrei, che aveva segnato i confini dell'istituto, si è affermato che «la distinzione tra garanzia propria e impropria è destituita di fondamento e che tutte le fattispecie ricondotte all'una e all'altra categoria devono andare soggette alla medesima disciplina processuale» (così Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707).
Grazie alla porta aperta da Piero Calamandrei, anche in relazione a questa decisione, che ha disatteso una tradizione consolidata e l'espressa previsione normativa di cui all'art. 106 c.p.c., che appunto distingue la comunanza di causa e la chiamata in garanzia, le reazioni degli studiosi hanno proseguito il dialogo, che può trovare nuova linfa nella ripubblicazione anche della monografia del 1913.

3.- Un indubbio pregio delle opere di Calamandrei, che ne costituisce uno dei tratti di maggiore fascino, consiste nel felicissimo connubio fra l'alto valore delle sue riflessioni scientifiche e la considerazione dell'esperienza processuale, il suo vivo e concreto pulsare nel cuore degli uomini.
L'esempio forse più apprezzabile di questo legame fra teoria e pratica del processo si trova nel celeberrimo e suadente saggio sul *Processo come giuoco* pubblicato sulla *Rivista di diritto processuale* del 1950, nel quale si osservava che «se il giurista 'puro' può prendersi il lusso di trattar le leggi come congegni di precisione», solo a questo non può limitarsi l'avvocato, «il quale

deve ad ogni istante ricordarsi che ogni uomo è una persona, cioè un mondo morale unico ed originale, che dinnanzi alle leggi si comporta secondo i suoi gusti e i suoi interessi, in maniera imprevedibile e spesso sorprendente».
E questa unicità ciascuna parte la dimostra appunto nel *gioco del processo*, che fra i suoi scopi istituzionali contempla ovviamente quello di amministrare la giustizia, ma che al tempo stesso è il luogo dello scontro dialettico fra intelligenze, per il quale è assai calzante il proverbio popolare secondo cui per vincere una causa occorrono diversi ingredienti: l'*avere ragione*, il *saperla esporre*, il *trovare chi la intenda* e *che la voglia dare*, e alla fine *il debitore che possa pagare*.
L'esito del combattimento giudiziario dipende insomma non solo dalle ragioni, ma anche dall'abilità nel giocare la partita, dalla somma dei comportamenti dei litiganti, dalle loro astuzie, dall'efficacia delle loro mosse a sorpresa. Eppure, anche questa visione agonistica del processo non può dirsi completa, perché – come riconosce espressamente lo stesso Calamandrei – la libertà della tattica processuale è limitata dall'obbligo delle parti e dei loro difensori di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.
Controversa è tuttavia l'interpretazione di questa clausola generale e quindi eternamente si discute, oggi come allora, dell'abuso del processo, dei contorni della responsabilità per mala fede processuale, del significato del dolo revocatorio, del valore degli argomenti di prova ricavabili dal contegno processuale dei litiganti, del problema dell'obbligo delle parti di dire il vero nel processo. Ed è questo uno degli aspetti più vitali, ancora oggi attualissimo, dell'insegnamento di Piero Calamandrei.

4.- «Credo che – osserva Vittorio Denti nella Presentazione del IX volume – da molti degli scritti minori, più che dalle grandi opere sistematiche, dovrà prendere le mosse chi vorrà ricostruire la figura e l'opera di Piero Calamandrei». È vero anche, d'altro canto, che fra gli scritti minori di Calamandrei alcuni assumono una particolare importanza sia per la grande influenza che hanno avuto sulla riflessione successiva intorno agli argomenti da essi trattati, sia per la straordinaria finezza ed attualità dei loro contenuti. È il caso – per limitarsi ad alcuni esempi fra i molti che si potrebbero fare – dell'*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* del 1936 e dell'ultimo suo saggio in materia di diritto processuale civile *Verità e verosimiglianza nel processo civile* del 1955.

Quando Calamandrei pubblica l'*Introduzione*, dedicandolo a Giuseppe Chiovenda, ha appena compiuto 47 anni ed è al culmine della sua attività scientifica. Nell'avvertenza il Maestro fiorentino sottolinea come non si tratti di una monografia dedicata al tema della tutela cautelare, quanto piuttosto della parte introduttiva di «un corso sui provvedimenti cautelari», rivolto agli studenti del «secondo biennio» della Facoltà giuridica fiorentina. Pur avendo finalità prevalentemente didattiche lo studio si segnala fin da subito per il modo nuovo con il quale affronta il tema della tutela cautelare e per la piena consapevolezza della stretta correlazione che sussiste fra questa particolare forma di tutela e l'effettività della stessa funzione giurisdizionale. Ed è questa la ragione per la quale esso non solo continua ad essere considerato un classico sul tema, ma a conservare piena attualità.

Anzitutto, Calamandrei anticipa ciò che ormai costituisce un dato imprescindibile nella riflessione processualcivilistica, e cioè che solo «in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo (del giudice) potesse essere *istantaneo*, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari».

La tutela cautelare, dunque, trae la sua ragion d'essere dall'esigenza di assicurare gli effetti dei provvedimenti, alla produzione dei quali è diretta la funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione, ovviando ai pericoli che minacciano la fruttuosità della tutela giurisdizionale di un diritto nel tempo necessario per conseguirla.

E Calamandrei ha ben chiaro che la stretta relazione che inevitabilmente lega la tutela cautelare all'esigenza di assicurare gli effetti della primaria funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione impone di guardare ad essa come ad una diretta manifestazione della garanzia del diritto di azione e alla sua piena effettività.

Siccome per la sua stessa natura il processo non può plausibilmente prescindere dall'impiegare un certo lasso di tempo, più o meno lungo, prima di pervenire alla decisione finale, si comprende agevolmente la necessità che la disciplina che l'accompagni si presenti come una sorta di «corsa contro il tempo»: impedisca, cioè, che si protragga più del dovuto (sia improntato

ad una «ragionevole durata») e, contestualmente, offra alla parte che ha bisogno della tutela giurisdizionale gli strumenti idonei ad evitare che le conseguenze del fisiologico protrarsi del processo ricadano sulla situazione giuridica tutelanda.
A maggior ragione queste considerazioni valgono se si considera che, proprio nell'ottica del superamento dell'autotutela privata e della funzione pubblicistica del processo civile, la sua finalità non venga limitata alla soluzione della lite ed alla tradizionale tutela del diritto soggettivo sostanziale, di cui la parte si afferma titolare, ma ricomprenda anche il ristabilimento della pacificazione sociale o comunque la riaffermazione del diritto obiettivo o della chiovendiana volontà di legge nel caso concreto.
Il lasso di tempo che necessariamente deve intercorrere fra l'instaurazione del giudizio con la manifestazione del «bisogno di tutela giurisdizionale» e la pronuncia di una sentenza dotata di efficacia esecutiva, espone la tutelanda situazione al pericolo di subire un ulteriore pregiudizio, che può consistere o nel verificarsi di fatti tali da porre in pericolo le possibilità di concreta attuazione della sentenza, o comunque nel permanere della violazione e quindi dello stato di insoddisfazione del titolare della situazione sostanziale violata. «I provvedimenti cautelari – chiarisce Calamandrei in maniera mirabilmente efficace – rappresentano una conciliazione tra le due esigenze spesso contrastanti della giustizia, quella della *celerità* e quella della *ponderatezza*: tra il far presto e male, e il far bene ma tardi; i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario ... [e] preventivamente assicurano i mezzi atti a far sì che il provvedimento definitivo possa avere, quando sarà emanato, la stessa efficacia e lo stesso rendimento pratico che avrebbe se fosse emanato immediatamente». Ma il processo di affermazione di questa stretta correlazione fra tutela cautelare ed effettività della tutela giurisdizionale richiedeva che la stessa tutela cautelare venisse ricostruita come tipica funzione giurisdizionale autonoma. Ed è in questa direzione che l'insegnamento di Calamandrei è stato determinante.

5.- Non meno significativo l'apporto che Calamandrei offre al progresso

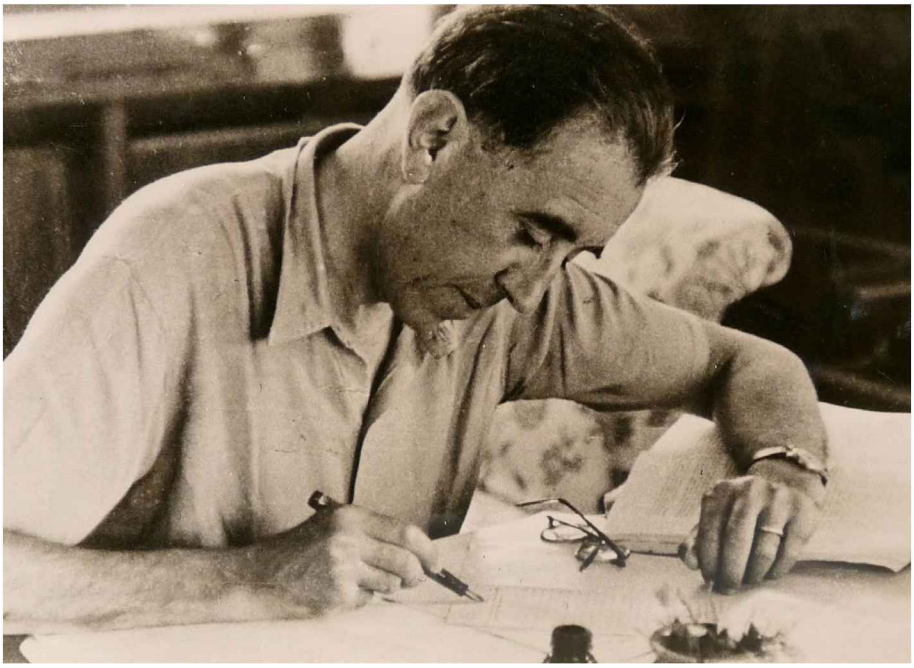
della riflessione intorno alla formazione del convincimento del giudice con il suo famosissimo saggio su *Verità e verosimiglianza.*
In esso, Egli riprende – dopo oltre mezzo secolo – l'insegnamento di Adolf Wach secondo cui nel processo ogni giudizio di verità diventa un giudizio di probabilità («*aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*»), per giustificare la conclusione che «anche per il giudice più scrupoloso e attento vale il fatale limite di relatività che è propria della natura umana». Quando si dice che un fatto processuale è vero – osserva il Maestro fiorentino – «si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi lo giudica tale, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto»; nient'altro, dunque, che «un surrogato di verità», commisurato all'esperienza, alla cultura e alla capacità del giudicante.
In tale ottica, il giudizio fondato sulla probabilità è funzionale a misurare la capacità di una determinata allegazione di rappresentare un'effettiva realtà fattuale, secondo «l'ordine normale delle cose», ovvero nel rispetto di tutti quei limiti che inevitabilmente il giudice incontra e che gli derivano dal principio fondamentale del processo moderno per cui il giudice deve assumere una posizione di passiva attesa, dalla quale può uscire solo per affacciarsi a quella «porzione di realtà» che le parti gli sottopongono. Ciò che, in definitiva, va letto come la riaffermazione, anche sul versante dell'accertamento probatorio, della concezione garantista del processo propria del «liberalismo processuale».

* * *

La ristampa delle *Opere giuridiche* conferma che gli studiosi del processo civile, come diceva Bernardo di Chartres, siedono sulle spalle dei giganti («*nos esse quasi nanos gigantum humeris insidientes*») e su di essi grava la responsabilità e di non disperdere i frutti dell'opera intrapresa e degli insegnamenti ricevuti.

Roma, aprile 2019

Antonio Carratta *Giorgio Costantino* *Giuseppe Ruffini*



OPERE GIURIDICHE
di
PIERO CALAMANDREI
a cura di Mauro Cappelletti

CONTENUTI DEI 10 VOLUMI

VOLUME I: *Problemi generali del diritto e del processo*.

VOLUME II: *Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto,* con *Presentazione* di MAURO CAPPELLETTI.

VOLUME III: *Diritto e processo costituzionale,* con *Presentazione* di COSTANTINO MORTATI.

VOLUME IV: *Istituzioni di diritto processuale civile.* In Appendice: *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi),* con *Presentazione* di ENRICO TULLIO LIEBMAN.

VOLUME V: *La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove,* con *Presentazione* di TITO CARNACINI.

VOLUME VI: *La Cassazione civile*, Primo volume, con *Presentazione* di VIRGILIO ANDRIOLI.

VOLUME VII: *La Cassazione civile*, Secondo volume, con *Presentazione* di MAURO CAPPELLETTI.

VOLUME VIII: *Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, con *Presentazione* di GIOVANNI PUGLIESE.

VOLUME IX: *Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri,* con *Presentazione* di VITTORIO DENTI.

VOLUME X: *Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa*. In Appendice: *Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958) a cura di A. Mondolfo e M. Cappelletti, con integrazioni e, fino al 1985, con aggiornamenti di C. Cordié*, con *Presentazione* di PAOLO BARILE.

INDICE

DEL SETTIMO VOLUME

Dopo vent'anni (Mauro Cappelletti) » V

SEZIONE VI

LA CASSAZIONE CIVILE (PARTE SECONDA)

LA CASSAZIONE CIVILE: VOLUME SECONDO » 3

LETTERATURA » 5

INTRODUZIONE » 13

1. Metodo di ricerca seguìto nel « Disegno generale dell'istituto ». — 2. Oggetto e limiti della trattazione. — 3. Ordine della trattazione e partizione della materia in Capi.

CAPO PRIMO: *Lo scopo della Cassazione nell'ordinamento giuridico italiano* » 19

CAPITOLO PRIMO: *Concetto generale della Corte di cassazione come organo di controllo giuridico* » 19

4. Indeterminatezza della formula contenuta nell'art. 122 LOG: se ne può dedurre soltanto che lo scopo della Corte di cassazione è diverso da quello degli altri tribunali. — 5. Che cosa vuol dire « osservanza delle leggi ». — 6. La funzione di *controllo giuridico* come una delle funzioni fondamentali dello Stato. — 7. Duplice oggetto di questo controllo: *a*) la condotta dei sudditi; *b*) la condotta degli organi di Stato; possibilità di un controllo sul controllo. — 8. La Corte di cassazione come organo di controllo giuridico sulla attività degli organi giurisdizionali: applicazioni alla Cassazione dei caratteri e delle classificazioni proprî al concetto generale di controllo giuridico. — 9. Inesattezza di certe definizioni tradizionali dello scopo della Cassazione: diversità dell'interesse pubblico, al quale essa serve, dall'interesse pubblico al quale servono gli altri organi giurisdizionali.

CAPITOLO SECONDO: *Ulteriore determinazione di questo concetto: A) La Corte di cassazione come organo di controllo posto a difesa del diritto obiettivo (nomofilachia)* » 33

10. In qual modo il giudice possa, nel corso del processo, violare la legge non eseguendo i concreti imperativi che da essa scaturiscono al suo indirizzo. — 11. Natura dichiarativa della sentenza civile e analisi del procedimento logico attraverso il quale si compie il giudizio. — 12. Diverse conseguenze: a) degli *errores in procedendo*; b) degli *errores iuris in iudicando* commessi dal giudice. — 13. Come gli *errores in procedendo* sfuggano al controllo della Cassazione, se non hanno speciale gravità processuale. — 14. Il criterio in base al quale il controllo della Cassazione è limitato agli *errores iuris in iudicando* non è desunto da considerazioni relative alla *giustizia* del giudicato: esclusione dal controllo della Cassazione degli *errores facti in iudicando*. — 15. Da che deriva la importanza del precetto che fa obbligo al giudice di giudicare *secundum ius*: osservazioni del KLEINFELLER ed ulteriori osservazioni. — 16. Questo precetto ha carattere costituzionale, perché determina i limiti della funzione giurisdizionale. — 17. Varie classificazioni storiche degli *errores in iudicando*: *a*) diritto romano; *b*) diritto comune; *c*) diritto francese. — 18. Critica delle medesime. — 19. Carattere di organo costituzionale che ha anche oggi la Corte di cassazione: suo significato di fronte alle dottrine del « diritto libero ».

CAPITOLO TERZO: *B) La Corte di cassazione come organo regolatore della interpretazione giudiziaria del diritto obiettivo (unificazione della giurisprudenza)* » 57

20. La tendenza alla unità del diritto come conseguenza dell'esistenza dello Stato. — 21. In che limiti è opportuno che l'unità sia raggiunta: *a*) inevitabilità di norme giuridiche con efficacia locale; *b*) impossibilità di mantenere la unità del diritto nel tempo. — 22. Possibilità di diverse interpretazioni di un'unica norma giuridica. — 23. Diversità di opinioni dottrinarie, e sue conseguenze pratiche. — 24. Interpretazione compiuta dal giudice: essa ha valore puramente dottrinario. — 25. Grande autorità di fatto che la coscienza giuridica popolare riconosce alla interpretazione data dal giudice. — 26. Come per questo motivo e per la tendenza alla costanza che si riscontra nella giurisprudenza, si formi la *auctoritas rerum similiter iudicatarum*. — 27. Disformità della giurisprudenza derivante dalla pluralità dei tribunali. — 28. Suoi danni: *a*) distrugge l'uguaglianza del diritto. — 29. *b*) Distrugge la certezza del diritto. — 30. Necessità di mantenere la uniformità della giurisprudenza. — 31. In che limiti: *a*) nello spazio, non nel tempo. — 32. *b*) Anche per le norme

che hanno efficacia locale. — 33. Perché non si pensi a unificare la interpretazione dottrinaria. — 34. Mezzi per unificare la interpretazione giurisprudenziale: *a*) abolizione della motivazione. — 35. *b*) Sistema dei *precedents* obbligatorî. — 36. *c*) Interpretazione autentica e divieto di interpretazione giurisprudenziale. — 37. *d*) Il sistema della Cassazione, vertice della interpretazione giurisprudenziale. — 38. Esclusione delle questioni di fatto dal riesame della Cassazione. — 39. Il riesame della Cassazione si estende alle questioni di diritto in *hypothesi*. — 40. Funzione della Cassazione e funzione della giurisprudenza.

CAPITOLO QUARTO: *La combinazione dello scopo di nomofilachia collo scopo di unificazione giurisprudenziale* » 91

41. I due aspetti (*negativo* e *positivo*) dello scopo della Cassazione. — 42. Alle origini dell'istituto prevale il primo, in seguito appare prevalente il secondo, ma ambedue coesistono anche nell'ordinamento odierno. — 43. Cenno su progetti di riforma che tendono ad attuare lo scopo di unificazione giurisprudenziale, trascurando quello di nomofilachia. — 44. Necessità di tutelare anche l'altro scopo. — 45. I due scopi si unificano in quello della « esatta interpretazione della legge ». — 46. Come la interpretazione scelta dalla Corte di cassazione si debba considerare come la unica esatta. — 47. Giustificazione di questo principio. — 48. Posizione preminente che di conseguenza assume la Corte di cassaz. sulla giurisprudenza. — 49. In che consiste la diversità tra i due interessi pubblici, notata al n. 9.

CAPO SECONDO: *Impulso pubblico e impulso privato per il raggiungimento dello scopo della Cassazione* » 107

CAPITOLO QUINTO: *L'impulso pubblico alla Cassazione (Ricorso nell'interesse della legge)* » 91

50. Lo Stato ha un interesse diretto all'attuazione del diritto obiettivo nelle sue volontà concrete. — 51. Di regola il soddisfacimento di questo interesse è affidato in materia civile alla iniziativa privata. — 52. Eccezione in caso di leggi di ordine pubblico: in che senso si dice che in questo caso il P. M. promuove « l'osservanza della legge ». — 53. Iniziativa pubblica per l'attuazione del diritto penale: il P. M. nel processo penale. — 54. II potere di controllo del sovrano sui funzionarî giudiziarî nello Stato dispotico. — 55. Come in seguito fu investito dell'esercizio di questo potere uno speciale organo di controllo, di natura esecutiva. — 56. Trasformazione nello Stato moderno del potere di cassazione in diritto di cassazione, e carattere giurisdizionale assunto dall'organo di cassazione. — 57. Il ricorso nell'interesse della legge, mezzo con cui Io Stato fa valere in via giurisdizionale

il suo diritto di cassazione. — 58. Come in questo caso l'interesse pubblico all'attuazione del diritto obiettivo nelle sue volontà concrete si mostri separato dall'interesse pubblico all'esatta interpretazione del diritto obiettivo nella sua volontà astratta. — 59. La cassazione nell'interesse della legge ha carattere giurisdizionale? Posizione del problema. — 60. *a*) Dal punto di vista del diritto subiettivo tutelato: α) se esista un diritto subiettivo dello Stato all'osservanza della legge da parte dei giudici; β) applicazione alla Cassazione del concetto di «giurisdizione di mero diritto obiettivo ». — 61. *b*) Dal punto di vista degli effetti della cassazione: si spiega la mancanza di effetti *inter partes*: α) ricorrendo al concetto di transazione; β) o a quello di sentenza dichiarativa. — 62. Cenni sulla struttura del rapporto processuale quando la Cassazione giudica nell'interesse della legge.

CAPITOLO SESTO: *L'interesse privato a servizio dell'interesse pubblico come impulso alla Cassazione (ricorso di parte)* » 131

63. Interesse secondario del litigante a rilevare la erronea interpretazione della legge nella sua volontà astratta, da cui deriva una erronea dichiarazione della legge nella sua volontà concreta (sentenza ingiusta). — 64. Sfruttamento di questo interesse da parte dello Stato, che concede al litigante un diritto di impugnativa contro la sentenza basata su una erronea interpretazione. — 65. Pericolo di degenerazione inerente a questo sistema. — 66. L'interesse privato considerato come strumento dell'interesse pubblico: si domanda se questa cooperazione dei due interessi esista anche in altri istituti processuali. — 67. *a*) Paragone colla querela penale. — 68. *b*) Paragone col ricorso di legittimità alla IV Sezione del Consiglio di Stato. — 69. II ricorso in Cassazione di parte è in origine il mezzo per provocare un controllo esecutivo (controllo provocato). — 70. Opinioni dello SCHMIDT e del KOHLER. — 71. *a*) Si nega che nel nostro diritto la cassazione su ricorso di parte abbia carattere amministrativo; *b*) si nega che abbia carattere di giurisdizione « di mero diritto obiettivo ». — 72. La Corte di cassazione giudica sulla esistenza di un diritto di impugnativa del ricorrente. — 73. Come questo diritto di impugnativa del ricorrente si coordini all'interesse pubblico. — 74. Dal carattere di azione di impugnativa del ricorso deriva: *a*) che la sentenza non è annullata se l'errore denunciato non è causale. — 75. *b*) Che la Corte di cassazione non può rilevare d'ufficio motivi non denunciati dal ricorrente. — 76. Differenza tra il P. M. che ricorre in Cassazione nell'interesse dell'attuazione del diritto nelle sue volontà concrete, e il P. M. che ricorre nell'interesse della legge. — 77. Osservazioni sul carattere giurisdizionale della Corte di cassazione, che non esclude il suo ufficio di controllo giuridico.

CAPO TERZO: LO STRUMENTO PROCESSUALE PER IL RAGGIUNGIMENTO DELLO SCOPO DELLA CASSAZIONE » 163

CAPITOLO SETTIMO: *I vizî della sentenza e i mezzi per farli valere* » 163

78. Richiamo sulla differenza tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando*. — 79. Classificazione generale di tutti i vizî proprî o derivati, da cui può essere affetta una sentenza. — 80. Osservazioni sui criterî che informano questa classificazione. — 81. I. Vizî di attività (*errores in procedendo*): quali di essi si ripercuotono sulla sentenza. — 82. Diversi gradi di invalidità della sentenza per *errores in procedendo*: *a*) sentenza giuridicamente inesistente; *b*) sentenza assolutamente nulla; *c*) sentenza annullabile. — 83. II. Vizî di giudizio (*errores in iudicando*). Regola secondo la quale la ingiustizia della sentenza non ha effetti sulla sua validità; eccezioni: *a*) s. assolutamente nulla; *b*) s. revocabile; *c*) s. annullabile per *errores in iudicando*. — 84. Azione di impugnativa e azione di accertamento, considerate come mezzi per far valere i vizî della sentenza. — 85. Concetto di pluralità delle istanze. — 86. Concetto, che ne deriva, di diritto di gravame e di mezzo di gravame. — 87. Condizione della sentenza soggetta a gravame; varie teorie: *a*) MORTARA-KOHLER; *b*) CHIOVENDA; *c*) ROCCO (U.); *d*) VASSALLI. — 88. La sentenza soggetta a gravame come atto soggetto a condizione sospensiva. — 89. Analisi delle differenze che passano tra l'azione di impugnativa e il mezzo di gravame. — 90. Possibilità che nei diritti positivi questi due istituti si intreccino.

CAPITOLO OTTAVO: *Il ricorso per cassazione nel sistema dei mezzi per impugnare le sentenze* » 201

91. Concetto di « mezzo per impugnare le sentenze » accolto dal diritto processuale italiano: istituti che non rientrano in questo concetto: *a*) l'azione civile contro i giudici: *b*) il procedimento di correzione. — 92. Classificazione dei mezzi per impugnare le sentenze: tra esse ha importanza quella che distingue tra mezzi ordinarî e straordinarî. — 93. Opportunità di mantenere questa distinzione accolta dal nostro Codice. — 94. Quadro dei mezzi di impugnativa del diritto italiano: I) mezzi *ordinarî*: 1) Appello; 2) Opposizione contumaciale. — 95. II) mezzi *straordinarî*: I) Opposizione di terzo; 2) Revocazione; 3) Ricorso per cassazione. — 96. In che senso si possa dire che il ricorso per cassazione è un rimedio estremo. — 97. Sul carattere di mezzo straordinario che la nostra legge attribuisce al ricorso per cassazione: critica del Pr. ORLANDO; in che senso si ritiene che la Corte di cassazione *non* costituisce un terzo grado di giurisdizione. — 98. Quando si possa dire che una sentenza è « passata in giudicato ».

CAPITOLO NONO: *Il ricorso in cassazione per vizî di attività (errores in procedendo)* » 235

99. Come sia opportuno tener distinto il ricorso per vizî di attività dal ricorso per vizî di giudizio. — 100. Classificazione dei vizî d'attività che dànno luogo a cassazione: I) difetti attinenti alla costituzione del rapporto processuale; 2) inesecuzioni di precetti processuali nel corso del procedimento; 3) inesecuzioni di precetti processuali nel corso della fase decisoria (In nota: sul potere della C. di cassazione di rilevare d'ufficio vizî non denunciati nel ricorso). — 101. Paragone col sistema adottato per far valere i vizî di attività: *a*) dal diritto germanico; *b*) dal diritto austriaco. — 102. Analisi della struttura processuale di questa forma di ricorso: *a*) poteri del giudice del rescindente per accertare l'esistenza del vizio denunciato; *b*) effetti costitutivi (annullamento) del rescindente; *c*) effetti positivi sul rapporto processuale; *d*) rinvio del rescissorio a un altro giudice.

CAPITOLO DECIMO: *Il ricorso in cassazione per vizî di giudizio (errores in iudicando)* » 265

103. Che cosa significa la locuzione « violazione o falsa applicazione di legge » usata dall'art. 517, n. 3: classificazione dei vizî *in iudicando* che rientrano in essa: *A*) Errori di giudizio intervenuti nella premessa maggiore; *B*) id. nella premessa minore; *C*) id. nella conclusione. — 104. Se il ricorso in cassazione ex art. 517, n. 3, si possa fondare sulla violazione di una massima di esperienza: soluzione negativa. — 105. Riassunto della classificazione. — 106. Se il ricorso sia proponibile, ex art. 517, n. 3, per violazione o falsa applicazione *in iudicando* di legge processuale; distinzioni. — 107. Stessa questione per le norme di diritto probatorio. — 108. Analisi della struttura processuale di questa forma di ricorso: *a*) poteri del giudice del rescindente per l'accertamento del vizio; *b*) effetti della cassazione sulla sentenza denunciata: si tratta anche qui di un vero e proprio annullamento; *c*) effetti della medesima sul rapporto sostanziale; *d*) rinvio del rescissorio a un giudice diverso dal giudice *a quo*, e ragione di questa diversità. — 109. Effetto positivo sul rapporto sostanziale della seconda cassazione « per gli stessi motivi »: concorso del giudice di cassazione e del giudice di rinvio alla decisione del giudice rescissorio; esempî storici di concorso di più organi giudicanti alla formazione di una sola sentenza. — 110. Esame di varie teorie per spiegare da che derivi l'efficacia vincolante che ha sul giudice di rinvio l'opinione della Corte di cassazione a sezioni unite: *a*) autorità di cosa giudicata?; *b*) interpretazione autentica?; *c*) subordinazione gerarchica? ; *d*) rappresentanza?; *e*) preclusione? Si accoglie quest'ultima teoria. — 111. Ulteriori osservazioni sull'argomento: *a*) in che differisce questa efficacia vincolante relativa alla decisione del rapporto sostanziale dalla statuizione sul rapporto processuale; *b*) come vengono ripartite tra giudice di cassazione e giudice di rinvio le varie questioni da risolvere

nel giudizio rescissorio.

CAPITOLO UNDICESIMO: *Osservazioni comparative sulle due forme di ricorso in cassazione* » 307

112. Ambedue le forme di ricorso finora esaminate mirano a ottenere l'annullamento della sentenza denunciata: osservazioni sull'insegnamento del CHIOVENDA che distingue tra annullamento per vizî di attività e cassazione semplice per vizî di giudizio. — 113. Come esso si applichi meglio al processo germanico che al processo italiano. — 114. Casi in cui il ricorso in cassazione, che normalmente è un'azione di impugnativa, può funzionare come un'azione di accertamento negativo: esempio tratto dal n. 7 dell'art. 517, e (in nota) dalla L. 31 marzo 1877. — 115. Il ricorso per cassazione non preclude l'accertamento di quei vizî della sentenza che ne producono la inesistenza o la assoluta nullità: riserve su alcune esagerazioni alle quali giunge in questo senso la scienza processualistica penale.

CAPO QUARTO: ATTITUDINE DELLA CASSAZIONE QUALE È DISCIPLINATA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO A RAGGIUNGERE LO SCOPO PER CUI È STATA ISTITUITA » 329

CAPITOLO DODICESIMO: *Se vi siano nell'ordinamento positivo della cassazione italiana disposizioni inconciliabili col suo scopo* » 329

116. Posizione del problema: attitudine dell'ordinamento pratico dato dal nostro diritto alla Cassazione, a raggiungere lo scopo che l'istituto si propone. — 117. *A*) *Unicità o pluralità delle Corti di cassazione*: come la pluralità delle Corti regionali impedisca il raggiungimento di questo scopo in ambedue i suoi aspetti. — 118. Originaria ragione giustificatrice del giudizio a Sezioni riunite, considerato come garanzia di imparzialità: questa ragione è venuta a cessare dopo la Legge 6 dic. 1888. — 119. Critica del sistema adottato da questa Legge: esso rappresenta una tendenza verso la unificazione, ma nella sua forma attuale è assolutamente inidoneo a mantenere l'uniformità della giurisprudenza. — 120. *B*) La cosiddetta « giurisdizione di diritto » della Corte di cassazione. Che cosa s'intende dire con questa espressione e in che senso si contrappone alla giurisdizione « di merito ». — 121. *a*) *Errores in iudicando*: La Corte di cassazione dovrebbe conoscerne soltanto in quanto fosse minacciata da essi la esatta interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo. Deviazioni introdotte dalla pratica a questo principio: α) Errore su fatto notorio; β) errore contro una massima di esperienza; γ) interpretazione dei negozî giuridici; δ) difetto di motivazione. — 122. Come esse rappresentino una vera e propria degenerazione dell'istituto verso un larvato ritorno alla Terza istanza. — 123. *b*) *Errores in procedendo*: La

cognizione dei medesimi non è fatta nell'interesse della esatta interpretazione giurisprudenziale ed è quindi estranea allo scopo dell'istituto. — 124. *C) La cosiddetta « giurisdizione negativa »*. Diverso significato di questa espressione in relazione al rapporto processuale e al rapporto sostanziale. — 125. *a)* Originaria ragione politica di questo carattere negativo. — 126. *b)* Limiti di esso: α) sulla decisione della singola controversia di merito; β) sulla decisione di casi analoghi nel futuro. — 127. Conclusione: enumerazione delle cause per le quali la Corte di cassazione qual'è disciplinata dal nostro ordinamento non dà garanzia di poter raggiungere in pratica lo scopo per cui è istituita.

CAPITOLO TREDICESIMO: *Quali sarebbero le riforme necessarie per porre l'ordinamento positivo della cassazione italiana in grado di servire al suo scopo* » 373

128. Posizione del problema, e dimostrazione che esso è, come qui viene posto, un problema giuridico, non politico. — 129. Cenno su alcuni progetti che vorrebbero trasformare l'istituto della Cassazione: *a)* facendone un organo di interpretazione autentica; *b)* facendone un organo creatore di diritto; c) attribuendole il controllo politico su tutti i poteri dello Stato. — 130. *A) Unicità o pluralità delle Corti di cassazione*: Progetti per la soluzione di questo problema: *a)* a favore della pluralità; *b)* a favore della pluralità, con istituti speciali per garantire la uniforme interpretazione; *c)* a favore della Cassazione unica completata da Corti regionali di terza istanza; *d)* a favore della Cassazione unica. — 131. Critica di essi, e dimostrazione che ai fini dell'istituto rispondono soltanto quelli *sub d.* — 132. Inconveniente del cumulo dei ricorsi che deriverebbe prevedibilmente dalla unificazione; rimedî proposti: *a)* per aumentare la potenzialità di decisione dell'organo giudicante; *b)* per diminuire il numero dei ricorsi. — 133. *B) Giurisdizione di diritto*: *a) Errores in iudicando*: necessità di precisare la limitazione del riesame della Cassazione ai soli errori di diritto. — 134. *b) Errores in procedendo*. Necessità di escluderli totalmente dal riesame della Corte di cassazione, quando non siano conseguenza di una erronea interpretazione di legge processuale. — 135. *C) Giurisdizione negativa*. Proposte di riforma: *a)* nel senso di dare alla Corte di cassazione potere di applicare direttamente il diritto al fatto; *b)* nel senso di vincolare fin dal primo rinvio il nuovo giudice di merito all'opinione giuridica espressa dalla Cassazione. — 136. Quale dei due sistemi sia più adatto: se sarebbe opportuno trasformare il ricorso in cassazione in un mezzo di gravame, sul tipo germanico. — 137 Conclusioni.

This one
JEF1-N10-3HE1

DOPO VENT'ANNI

Nel 1966, a dieci anni dalla scomparsa di Piero Calamandrei, uscivano i primi due volumi delle Opere giuridiche (1). *Escono oggi, nel ventesimo anniversario della morte, il 6° ed il 7° volume: i due volumi della* Cassazione civile, *la grande opera giovanile — opera di storia, di comparazione e di diritto positivo — del Maestro fiorentino.*

L'opera, pubblicata per la prima volta dall'Autore nel 1920, è degnamente presentata da Virgilio Andrioli all'inizio del volume precedente. Mi basterà qui ricordare che in essa già si profilava, in tutta la sua dimensione, la figura del grande Maestro: il ricercatore attento ai fatti ed agli avvenimenti, agli istituti ed agli uomini, piuttosto che alle mere norme ed alle astratte teorie; l'uomo d'immensa cultura, ma una cultura resa viva e vitale dall'impegno civile e di riforma; lo studioso insofferente di ogni confine artificiale, di tempo e di spazio, nell'indagine sulle origini storiche e sugli svolgimenti e le trasformazioni e le influenze degli istituti studiati.

Può essere vero che la Cassazione civile *rappresenta, nell'arco della vita di Calamandrei, l'aspetto « risorgimentale » e, nel senso più positivo della parola, ottocentesco di quell'Uomo straordinario. L'istituto della Cassazione costituì tipicamente un prodotto della grande rivoluzione liberale europea, forse il prodotto più tipico di quella rivoluzione, perché fu — e rimane — il simbolo dello « stato di diritto » retto sul* principio di legalità. *Ed è certamente vero che, come negli anni '50 Calamandrei stesso constatò anche in scritti sferzanti* (2), *quell'istituto si è rivelato di stampo conservatore e perfino reazionario in tempi a noi più vicini, quando il principio di legalità*

---

(1) Benché datato 1965, il primo volume al pari del secondo fu messo in circolazione nel 1966. Ved. il nostro scritto *L' « Opera Omnia » di Piero Calamandrei nel decimo anniversario della morte,* in « Riv. dir. proc. », 21 (1966), p. 641. I volumi successivi furono pubblicati rispettivamente nel 1968, nel 1970 e nel 1972, tutti per i tipi dell'editore Morano di Napoli.

(2) Ved., ad es., lo scritto *La Costituzione inattuata,* Milano - Roma, Ed. « Avanti! », 1956 (ora in *Opere giuridiche,* III, pp. 511-595).

avrebbe dovuto essere non dico sostituito, ma integrato da quello di costituzionalità.

Ma è proprio anche in questo che si è manifestata l'eccezionale statura del Maestro: nell'aver saputo vedere gli aspetti validi e positivi del passato, allo stesso tempo che ha saputo anticipare le esigenze del futuro. Calamandrei giovane scrisse il più grande trattato che mai sia stato scritto — in qualsiasi lingua — sull'istituto principe dell'ideale di legalità, allo stesso modo come egli, quando i tempi lo consentirono, più consapevolmente e, ritengo, più efficacemente di chiunque si prodigò, come uomo di pensiero e come uomo di azione, per la creazione, da un lato, di una costituzione basata sul superamento — non sulla negazione — dello stato liberale di diritto mediante la programmata instaurazione di uno « stato sociale di diritto », e dall'altro lato, di un istituto inteso a garantire l'attuazione di quel testo ossia ad affermare il principio di costituzionalità.

Che nella grande opera giovanile di Calamandrei ci sia anche un fondo di illusione — e di un'illusione rivelatasi almeno in parte fallace —, è un altro dato che riterrei sicuro. Non alludo tanto all'illusione di una cassazione unica unificatrice del diritto nazionale, quanto soprattutto all'illusione, che Calamandrei mantenne ancora in sede di Costituente quando si fece propugnatore di quello che è oggi l'art. 111 della Costituzione repubblicana, del ricorso in cassazione come diritto inalienabile e fondamentale — tipica espressione di quell'eccesso di garantismo, che finirà per ritorcersi contro l'effettività della garanzia volutasi attuare. Ma come non c'è rivoluzione senza utopia, così non c'è nobile impegno umano senza nobili, e nobilmente sofferte, illusioni: ed io ricorderò sempre come ancora alla vigilia della morte, Calamandrei si tormentasse per quella involuzione della Corte di cassazione la quale, anziché attuarla, aveva piuttosto contribuito a « disfare » la Carta delle libertà costituzionali (3), *e con quanta fiducia egli ormai guardasse invece alla nuova istituzione, la Corte costituzionale, da pochi mesi creata, come il nuovo e più valido baluardo di quelle libertà* (4).

Constatiamo la fallacia di una grande illusione; non muoviamo un rimprovero. Forse i nostri figli guarderanno a noi, che operiamo — sulla base di altre illusioni — in quello che è ormai lo scorcio cao-

---

(3) Lo scritto citato in nota 2, *supra*, fu anche stampato dall'Autore con il titolo *Come si fa a disfare una Costituzione*. Ved. il n. 771 della *Bibliografia degli scritti di Piero Calamandrei* di A. Mondolfo e M. Cappelletti, Firenze, La Nuova Italia, 1960, p. 76.

(4) Ved., ad es., lo scritto *La Costituzione si è mossa*, in *Opere giuridiche*, III, p. 655.

tico del ventesimo secolo, con rimprovero e magari con condanna: conosco l'umana miseria, e null'altro mi aspetto. Ma anche nel tramonto di ogni altra fiducia — o illusione —, di una cosa almeno nella mia vita sarò sempre fiero: di avere conosciuto ed amato un vero Maestro, di essergli stato fedele, di essermi sempre sentito esaltato e ingigantito dalla umile devozione verso di Lui. So di poter dire la stessa cosa per altri — per tutti i discepoli che, a vent'anni dalla Sua scomparsa, non cessano di sentirsi tali e di vedere anche nei propri allievi, anche nelle proprie opere, in realtà sempre e soltanto i Suoi allievi e la continuazione dell'opera di Lui.

MAURO CAPPELLETTI

Firenze, 21 marzo 1976

SEZIONE VI

LA CASSAZIONE CIVILE E ALTRI STUDI SUI VIZI DELLA SENTENZA E SULLE IMPUGNAZIONI (*)

II

(*) Questa sezione, che ha avuto inizio con il volume precedente, comprende oltre al presente volume, nel quale si ristampa il 2° tomo del trattato sulla *Cassazione civile*, anche il volume 8° delle *Opere*.

Hanno collaborato alla raccolta dei materiali o alla correzione delle bozze di stampa CLAUDIO MARCHETTI, ALBERTO GERMANÒ, VALERIO GREMENTIERI, GUIDO FANFANI, PAOLA PORRU e MARIA GRAZIA BANDINI.

LA
CASSAZIONE CIVILE

« une des plus heureuses institutions qui assurent la stabilité de l'État ».

(NAPOLEONE)

« una di quelle grandi conquiste che la civiltà non può più perdere senza indietreggiare essa stessa ».

(PISANELLI)

VOLUME II

DISEGNO GENERALE DELL'ISTITUTO (*)

(*) [Volume pubblicato per i tipi dei Fratelli Bocca, Milano-Torino-Roma, 1920. Tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, con *Prólogo* di NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, vol. 3°]. [*Bibliografia*, nn. 47, 297].

LETTERATURA

Come si avvertì all'inizio del I Volume, l'elenco che segue vuol essere non una bibliografia ragionata e completa sull'argomento, ma soltanto una enumerazione per ordine alfabetico delle opere più di frequente citate nel testo, che dia modo ai lettori di integrare con più precisi riferimenti bibliografici le citazioni abbreviate a pie' di pagina. Si è abbandonato il sistema, seguìto nel I Volume, di far precedere a ciascun Capo la indicazione della letteratura propria della materia in esso svolta, perchè questo raggruppamento di opere, facile e utile in una trattazione storica, non avrebbe causato che confusioni e ripetizioni in una trattazione dogmatica, come è quella che segue. Le abbreviazioni dei periodici e delle leggi sono le stesse adoprate nel I Volume: alla bibliografia del quale rimando anche per più ampie notizie sulle opere di carattere storico o concernenti la riforma.

A) ALESSIO (D'), *Rapporti e conflitti fra le due Sezioni giurisdizionali del Cons. di St.* (Milano, 1912); ID., *Le parti nel giudizio amministrativo* (Milano, 1915); AMELIO (D'), *Nuove disposizioni intorno all'ordine e alla forma dei giudizi* (in « R. d. co. », 1908, I, 370); ANGELIS (DE), *Terza istanza e Cassazione* (in « Legge », 1865); ARABIA, *Del supremo magistrato* (Estr. dal vol. III degli « Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche », Napoli, 1872); ARANGIO-RUIZ (G.), *Istituzioni di diritto costituzionale italiano* (Torino, 1913); *Atti del primo Congresso giuridico tenuto in Roma* (Roma, 1872); AURITI, *Terza istanza e Cassazione* (in « D. e giur. », IV, n. 29, pag. 277); B., *Cassazione o Terza istanza* (in « Filangieri », 1883, 529); BARBACOVI, *Discorsi intorno ad alcune parti della scienza della legislazione,* vol. I (Milano, 1824); BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari* (Roma, 1910); ID., *Il diritto di querela* (Torino, 1915); BO, *Del giudizio di rinvio* (Torino, 1901); BONACCI, *Discorso tenuto in Senato il 7 marzo 1871* (in estratto, Firenze, 1871); BORGATTI, *Discussione nel Senato del Regno del progetto di legge per l'ordinamento della suprema magistratura* (Estratti di alcuni discorsi. Roma, 1872); BRUGI, *Istituzioni di diritto civile italiano,* 3ª edizione (Milano, 1914); BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto* (Torino, 1913); ID., *Sulle dottrine che affermano l'esistenza di lacune* (3ª ediz., Firenze, 1918); CABERLOTTO, *Cassazione e Corte di cassazione* (in « Dig. it. », VII, 1ª); CALAMANDREI P., *La genesi logica della sentenza civile* (Firenze, 1914); ID., *La teoria dell'« error in iudicando » nel diritto italiano intermedio* (Firenze, 1914); ID., *Vizi della sentenza e mezzi di gravame* (Firenze, 1915); ID., *Sulla distinzione fra « error in iudicando » ed « error in procedendo »* (in « D. co. », XXXVI [1917]); ID., *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile* (in « R. d. co. », XV [1917], I, nn. 11-12); CALDA, *Le nullità assolute della sentenza civile* (in « Arch. giur. », 1908); CALENDA-TAVANI, *Le Corti di cassazione regionali e le riforme giudiziarie,* Discorso (in « Gazz. Proc. », XXV [1893], pag. 385 e segg.); CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministra-*

tiva, vol. I (Milano); ID., *Lezioni di procedura civile* (Litogr., Padova, 1908); ID., *La competenza della IV Sezione sugli atti amministrativi,* ecc. (in « Giur. it. », 1903, IV, 177); ID., *Della manifestazione di volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo* (in *Primo Trattato* dell'ORLANDO, III, 1); ID., *L'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi* (in « Giur. it. », 1907, III, 105); ID., *L'interpretazione autentica* (in « Giur. it. », 1907, IV, 305); ID., *Pretesa efficacia vincolante delle decisioni degli organi di giustizia amministrativa in casi simili* (in « R. d. p. », 1911, II, 542); ID., *Il ricorso alla IV Sezione contro le decisioni delle Giunte provinciali amministrative* (in « Giur. it. », 1911, IV, 205); CARCANO, *Cassazione o Terza istanza* (in « Mon. trib. », 1866, pag. 911 e segg.); ID., *La facoltà d'introdurre nuove prove in appello e la Terza istanza* (in « Mon. trib. », 1867, 569); ID., *La Cassazione, la Terza istanza e lo Statuto* (in « Mon. trib. », 1872, 345 e segg.); CARNELUTTI, *La prova civile* (Roma, 1915); ID., *Limiti del rilievo dell'« error in iudicando » in Cassazione* (in « R. d. co. », 1915, I, 798); ID., *Poteri della Corte di cassazione in tema di cosa giudicata* (in « R. d. co. », 1917, II, 431); ID., *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura* (in « R. d. co. », XVI [1918], n. 1-2, P. 1ª); CARUSO, *Della suprema magistratura del Regno* (Palermo, 1872); ID., *Progetto di legge per l'ordinamento della suprema magistratura del Regno* (Palermo, 1873); CARUSO-INGHILLERI, *Il contenzioso di annullamento degli atti amministrativi* (in « R. d. p. », 1911, I); CASTELLARI, *La contrarietà delle sentenze* (in « Filang. », 1894); CAVALLERI, *L'istituto della Cassazione e della Terza istanza* (Milano, 1902); CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile,* 3ª ed. (Napoli, 1912); ID., *Condanna nelle spese giudiziali* (Torino, 1901); ID., *Saggi di dir. proc. civile* (Bologna, 1904); ID., *Nuovi saggi di dir. proc. civ.* (Napoli, 1912); CIRCOLO GIURIDICO DI PALERMO, *Studio per un progetto di costituzione della suprema magistratura* (Palermo, 1892); CONZO, *Intorno alla cosa irrevocabilmente giudicata* (Napoli, 1836); COSTA (A.), *La pretesa nullità di una sentenza per l'asserita impossibilità dell'oggetto* (Milano, 1916); COSTI, *Contro la Cassazione* (in « Mon. trib. », 1862, 55 e segg.); COVIELLO (L.), *Dei moderni metodi d'interpretazione della legge* (S. Maria C. V., 1908); ID., *Gli errori della giurisprudenza e i suoi trionfi* (in « Giur. it. », 1918); COVIELLO (N.), *Manuale di dir. civ. italiano,* 2ª ed. (Milano, 1915); DEGNI, *L'interpretazione della legge,* 2ª ed. (Napoli, 1909); DEODATI, *Alcune considerazioni sopra un'unica Corte regolatrice* (in « Temi ven. », 1878, 599); DIANA, *L'unità del processo e della dottrina processuale* (Siena, 1914); DIENA, *Della Corte di cassazione unica* (Venezia, 1879); DONATI (D.), *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico* (Milano, 1910); FADDA, *Recensione* (in « R. pr. di dottr. e giur. », II [1904], 858); FALCO (DE), *Discorso per la riforma della Cassazione* (Firenze, 1871); FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice* (in « R. d. c. », 1911, 508); FERRONE, *Il processo civile moderno* (S. Maria C. V., 1912); FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica,* 7ª ediz. (Napoli, 1916); FLORIAN, *Il processo penale e il nuovo Codice* (in « Comm. del nuovo CPP », vol. I); FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale* (in *Primo Trattato,* ecc., dell'ORLANDO, II, 605); ID., *La rivocazione nei ricorsi amministrativi* (in « Giur. it. », LX [1908]); FRANCESCHINI, *Commento sulla procedura della Cassazione* (Roma, 1877); ID., *Cassazione unica e Terza istanza* (Roma, 1889; e 2ª ed., con aggiunte, Foligno, 1903); FRANCESCHINI (G.), *La correzione delle sentenze* (Bologna, 1894); GABBA (B.), *Sul progetto di legge per la riforma giudiziaria* (in « Mon. trib. », 1903, pag. 221); GALDI, *L'istituto giudiziario della Corte di cassazione* (in « Mov. giur. », Napoli, 1911, 33); GARGIULO, « *Cassazione (Corte di cassazione)* » (« Enc. giur. », III, parte 2ª); GATTI, *Dell'autorità del giudicato civile* (Torino, 1902); GIANTURCO,

Sistema di dir. civ. italiano, 2ª ed. (Napoli, 1892); GIULIANI, *Lettera sull'ordinamento della suprema magistratura* (Roma, 1879. Estr. dal « F. it. », IV); GIURIATI, *La Cassazione e le terze istanze* (Torino, 1861); GRANATA, *La Cassazione unica in materia civile* (in « Rif. giur. », Messina, 1896, 129); GRAZIANI, *Una disposizione di legge ignorata da due collegi giudicanti* (in « La Temi », 1905, 357); JODICE, *Un voto antico per la riforma della Cassazione* (in « D. e giur. », XXVII [1912], 79); LANZA, *Principii di dir. processuale pen.* (Roma, 1914); ID., *La querela e il suo valore processuale* (Torino, 1911); ID., *Azione esecutiva come azione revocatoria* (in « Riv. pen. », LXXXIII, fasc. 1 e 2); LESSONA, *Manuale di procedura civile*, 4ª ediz. (Milano, 1915); ID., *Trattato delle prove in materia civile*, 3ª ed. (Firenze, 1914-1916); ID., *La réforme judiciaire en Italie* (« Rev. trim. », II, 345); ID., *Réforme de l'organisation des Cours de Cassation en Italie* (in « Rev. trim. », IX, 353); ID., *La legge, il regolamento e la sentenza rispetto alla loro riforma* (in « R. d. p. », 1910, 385); ID., *Nullità e inesistenza di sentenza* (in « F. it. », 1911, 8); LUCCHINI, *Il nuovo CPP* (in « Riv. pen. », LXXVIII, 139); ID., *Discorso inaugurale dell'anno giudiziario 1918* (Firenze, 1918); MALTINI, *La cassazione unica in materia civile* (Mantova, 1895); MANFREDINI, *Corso di diritto giudiziario* (Bologna, 1898); MANGANINI, *Raffronti fra il sistema della Cassazione e quello delle tre istanze, massime nel rapporto del loro momento politico* (in « Legge », 1866, I, 353); MANZINI, *Trattato di procedura penale it.* (Torino, 1914); MARINUZZI, *Cassazione o Terza istanza?* (in « Gazz. leg. », 1879, 281); MATTEOTTI, *Nullità assoluta della sentenza penale* (in « Riv. dir. e proc. pen. », VIII, 315); MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano* (5ª ed., curata negli ultimi due volumi da LESSONA, Torino, 1904); MENESTRINA, *La pregiudiciale nel processo civ.* (Vienna, 1904); ID., *Nel centenario del Cod. civ. generale austriaco* (in « R. d. c. », 1911, 808); MESSINA, *L'interpretazione dei contratti* (Macerata, 1906); MIRABELLI, *Degli effetti della legge 12 dicembre 1875* (in « Filangieri », 1877); ID., *Sul disegno di legge della Cassazione unica in Roma* (Napoli, 1872); MORTARA, « *Appello civile* » (in « Dig. it. », vol. III, parte 2ª); ID., *Commentario del Codice e delle leggi di proc. civ.* (Milano); ID., *La Corte di cassazione come è e come dovrebbe essere* (in « Riv. d'Italia », 1904, II, 536); ID., *Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione* (in *Studi giur. in onore di* C. FADDA, vol. I, Napoli, 1906); ID., *Intorno ai problemi dell'ordinamento giudiziario* (in « Giur. it. », 1917, IV, 58); MUSIO, *Sulla Cassazione come unica suprema magistratura in Italia* (Firenze, 1872, Estr. di discorso tenuto in Senato); MUSSO, *Cassazione e sue riforme* (Palermo, 1884); NAPOLITANI, *Sul sistema della doppia conforme* (in « Gazz. trib. », Napoli, XXX, 398); ORLANDO, *La giustizia amministrativa* (in *Primo Trattato*, vol. III, 633); ID., *Sulla unificazione della Cassazione civile* (Palermo, 1893); PACCHIONI, *Elementi di diritto civile* (Torino, 1916); ID., *Poteri creativi della giurisprudenza* (in « R. d. co. », 1912, I, 40); PALO (DE), *La riforma della procedura civile nel progetto Orlando* (in « R. d. co. », 1909, I, 682); PAOLI (B.), *Le principali discordanze nella giurisprudenza delle quattro Corti di cassazione in materia civile* (in « Ann. », 1868, III, pag. 34; 1869, III, pag. 105); PAOLI (G.), *L'intervento dell'attività privata nell'esercizio dell'azione penale* (Firenze, 1913); PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale* (Torino, 1864); ID., *Lettere famigliari* (in « Gazzetta di Torino », 1872, nn. 117 e segg.); ID., *Filosofia e dottrine giuridiche*, 2ª edizione (Torino, 1881); PIGLI, *Cassazione o Terza istanza* (Firenze, 1866); PIOLA-CASELLI, *Giurisprudenza* (in « Dig. it. », V, XII); PISANELLI, *Commentario del CPC per gli Stati sardi* (in collab. con MANCINI e SCIALOIA), vol. IV (Torino, 1857); ID., *Della Corte di cassazione* (Estr. dal vol. XII degli Atti dell'Accademia di scienze morali e politiche

di Napoli, Napoli, 1875); Id., *Relazione ministeriale sul primo libro del pr. di CPC 26 novembre 1863* (in Gianzana, CPC vol. I, Torino, 1889); Polacco, *Le cabale del mondo legale* (in « Atti della R. A. di scienze, lettere ed arti », LXVII, 1ª, pag. 155); Quarta, *La riforma delle Corti di cassazione secondo il pr. Orlando 16 marzo 1908* (in « Cass. unica civile », 1909, I); Raffaelli, *La Terza istanza* (Napoli, 1869); Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo* (Napoli, 1912); Redenti, *Giudizio civile con pluralità di parti* (Milano, 1911); Rocco (Al.), *La sentenza civile* (Torino, 1906); Rocco (Ar.), *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari* (Napoli, 1906); Id., *Concetto, specie e valore della sentenza penale definitiva* (in « Riv. pen. », LXI); Id., *Sul concetto del diritto subiettivo di punire* (in *Studi in onore di* V. Scialoia, 1905, I, 501); Rocco (Ugo), *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi* (Roma, 1917); Romanis, *Sul terzo grado* (Roma, 1872); Romano, *L'ordinamento giuridico* (Pisa, 1918); Rovelli, *Sul carattere delle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato* (in « R. d. p. », 1914, I, 208); Ruggiero (De), *Istituzioni di diritto civile* (Napoli, 1915); Saccone, *Le nullità e le decadenze nella procedura penale con particolare riguardo al ricorso per cassazione* (Roma, 1918); Sala, *Osservazioni critiche sulla istituzione del Tribunale di cassazione* (in « Mon. trib. », 1860, 889 e segg.; e 1861, 569 e segg.); Salandra, *Trattato della giustizia amministrativa* (Torino, 1904); Sandonini, *Sull'attuazione dei nuovi Codici civili nelle provincie dell'Emilia* (in « Mon. trib. », 1861, 174); Id., *Della Corte di cassazione e dei Tribunali di terza istanza* (in « Mon. trib. », 1861, 849 e segg.); Scalamandrè, *Considerazioni circa la magistratura suprema* (in « Gazz. Proc. », XXV [1892], 181); Scialoia (A.), *Studi di diritto privato* (Roma, 1916); Simoncelli, *Diritto giudiziario* (dispense litogr., 1903-1904, Roma); Spera, *Della suprema magistratura in materia civile* (in « Gazz. Proc. », XXV, 25 giugno 1892); Stolfi, *La riforma della Corte di cassazione* (in « Giur. it. », 1912, IV, 200); Id., *La riforma giudiziaria e la Corte di cassazione* (in « R. d. p. », VI, I, 485); Tentoni, *L'istituto della Terza istanza* (Todi, 1904); Vacchelli, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'autorità amministrativa* (in *Primo Trattato* dell'Orlando, vol. III); Vanni (I.), *Lezioni di filosofia del diritto*, 3ª ed. (Bologna, 1915); Vanni (G. A.), *Organizzazione degli uffici finanziari* (in *Primo Trattato* dell'Orlando, IX, 903 e segg.); Vassalli, *La sentenza condizionale* (Roma, 1917); Venzi, *Cassazione in materia civile* (in « Diz. d. priv. » di V. Scialoia); Zanzucchi, *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello* (Milano, 1916).

B) Alglave, *Action du ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civile*, 2ª ed. (Paris, 1871); Boncenne, *Théorie de la procédure civile* (Paris, 1837); Bonnecase, *Des pourvois en cassation dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir en matière civile* (Toulouse, 1909); Chenon, *Origine, conditions et effets de la cassation* (Paris, 1882); Courtépée, *Suppression d'un degré de juridiction et du renvoi après cassation* (in « Rev. gén. de droit », II, 577); Crépon, *Du pouvoir en cassation en matière civile* (Paris, 1892); Duguit, *L'act administratif et l'act juridictionnel* (in « Rev. dr. pub. », XXIII, 413); Eyraud (D'), *De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire en France* (Paris, 1825); Fabreguettes, *La logique judiciaire el l'art de juger* (Paris, 1914); Faye, *La Cour de cassation* (Paris, 1903); Garsonnet-Bru, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 2ª ed. (Paris, 1898) [Dei primi cinque volumi, trad. it. di Lessona, Milano, 1912]; Geny, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Paris, 1898); Id., *Science et technique en droit privé positif* (Paris, vol. I, 1914; vol. II, 1915); Glasson, *Précis théorique et pratique de procédure civile*, 2ª ed.,

Tissier (Paris, 1908); Crasserie (De La), *De la fonction et des juridictions de cassation* (Paris, 1911); Henrion de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France* (Paris, 1810); Japiot, *Traité élémentaire de procédure civ. et comm.* (Paris, 1916); Id., *Des sanctions en matière de procédure* (in « Rev. trim. », 1914, 227); Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence* (Paris, 1904); Perrot, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé* (in « Rev. trim. », 1911, pag. 229); Tarbé, *Lois et règlements de la Cour de cassation* (Paris, 1840).

C) Adickes, *Grundlinien durchgreifender Justizreform* (Berlin, 1906); Baligand, *Zur Lehre von der absoluten Urteilsnichtigkeit* (in « Gerichtssaal », LXXII [1908], 171); Beling, *Revision wegen « Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren » im Strafprozess* (in *Festschrift für* Binding, II vol., Leipzig, 1911); Bierling, *Brauchen wir einem Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung?* (in « A. R. W.-Ph. », VI, 158); Binding, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 7ª edizione (Leipzig, 1907); Id., *Die Normen und ihre Uebertretung*, 2ª ediz. (Leipzig, 1890); Bolgiano, *Begriff des Rechtsmittels und der Rechtskraft* (in « C. A. », LIX, 420); Bolze, *Zur Reform des Rechtsmittels der Revision* (in « C. A. », LXXXIV, pag. 358); Bülow, *Dispositives Civilprocessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung* (in « C. A. », LXIV, 23); Id., *Gesetz und Richteramt* (Leipzig, 1885); Id., *Zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten* (in « C. A. », LXII, 75); Crome, *Parte generale del diritto privato francese moderno* (trad. it. Ascoli-Cammeo, Milano, 1906); Danz, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, 3ª ed. (Jena, 1911); Düringer, *Zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung des Reichsgerichts* (in « D. J. Z. », XV, 329); Erythropel, *Zur Lehre von der Revision* (in « Z. », III, 104); Feuerbach, *Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege* (II vol., Giessen, 1825); Fischer, *Die Reform des Rechtsmittels der Revision im Civilpr.* (in « Jhering Jahrb. », XXXVIII); Id., *Die Entlastung des Reichsgerichts und die Verbesserung der Revision im Zivilsachen* (in « J. W. », 1904, 307); Id., *Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäfte* (München, 1912); Id., Stesso titolo, II. *Beitrag* (München, 1913); Fitting, *Der Reichs-Civilprozess*, 12ª e 13ª edizione (Berlin, 1907); Friedländer, *Die Lehre von der absoluten Nichtigkeit strafrichterlicher Urteile* (in « Gerichtssaal », LVIII, 339); Fuld, *Das deutsche Reichsgericht verglichen mit den obersten Gerichtshöfen der wichtigsten Staaten* (in « Arch. für öff. Recht », II [1887], 103); Gaupp-Stein, *Die CPO für das deutsche Reich*, 10ª ed. (Tübingen, 1910); Gerau, *Bemerkungen über das Rechtsmittel der Cassation* (in « Zeitschr. für Civilrecht und Proc. », nuova serie, vol. VI); Gerland, *Die englische Gerichtsverfassung* (Leipzig, 1910); Gneist, *L'amministrazione e il diritto amministrativo inglese* (trad. it. in « Bibl. scienze politiche », vol. III, 1ª, Torino, 1896); Goldenring, *Das bürgerliche Gesetzbuch und die Rechtseinheit* (in « D. J. Z. », 1898, 483); Hagens, *Die Ueberlastung des Reichsgerichts und die Mittel der Abhülfe* (in « D. J. Z. », 1903, 181); Id., *Das Rechtsmittel der Revision in Civilsachen* (in « D. J. Z. », 1903, 277); Id., *Die Entlastung des Reichsgerichts* (in « D. J. Z. », 1909, 1105); Hamm, *Ueberbürdung der Civilsenate des Reichsgerichts und die Erhöhung der Revisionssumme* (in « D. J. Z. », 1898, 455); Hellwig, *Lehrbuch des deuts. Zivilprozessrechts* (Leipzig, 1902-1906); Id., *System des deuts. Zivilprozessrechts*, vol. I (Leipzig, 1912); Id., *Wesen und subiektive Grenzen der Rechtskraft* (Leipzig, 1910); Id., *Anspruch und Klagerecht* (Jena, 1900); Holzschuher, *Der Rechtsweg* (Nürnberg, 1831); Jacobi, *Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte* (in « C. A. », LXXXVI, 51); Jellinek, *Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen* (Tübingen, 1908);

JHERING, *La lotta per il diritto* (trad. it. di MARIANO, Milano, 1875); ID., *L'évolution du droit* [*Zweck im Recht*] (trad. franc di MEULENAERE, Paris, 1901); ID., *L'esprit du droit romain* (trad. franc. ID., Paris, 1888); JONAS, *Studien aus dem Gebiete des französischen Civilrechts und Civilprocessrechts* (Berlin, 1870); KLEIN, *Die Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz* (in « Allg. österr. Gerichtzeit », 1899, n. 10); KLEINFELLER, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht*, 2ª ediz. (Berlin, 1910); ID., *Gesetzgebung und Rechtsprechung* (in « A. R. W. Ph. », I, 199); KOHLER, *Zivilprozess- und Konkursrecht* (in *Enz. der Rechtswiss.* di HOLTZENDORFF-KOHLER, III vol., 1913); ID., *Prozess als Rechtsverhälniss* (Manheim, 1888); ID., *Prozess und Nichtprozess* (Estratto da « Der Rechtsgang », vol. II, 1914); ID., *Lehrbuch des burgerlichen Rechts* (Berlin, 1904); KRAEWELL, *Die Autorität des deuts. Reichsgerichts* (in « Z. », I, 173); KRIES, *Die Rechtsmittel des Civilprocesses und des Strafprocesses* (Breslau, 1880); KROSCHEL, *Die sogennante absolute Nichtigkeit der Strafurtheile* (in « Gerichtssaal », LXIX, 137); LEUE, *Ideen zu einer Gerichts- und Prozessordnung für Deutschland* (Leipzig, 1861); LÖFFLER, *Unheilbare Nichtigkeit in österr. Strafverfahren* (in « Grünhut Z. », XXXI, 494); MEYER, *Spirito, origine e progressi delle istituz. giudiziarie* (trad. it. dall'olandese MALAGOLI-VECCHI, Prato, 1838-1839); NEUKAMP, *Das Rechtsmittel der Revision im Zivil- und Strafprozess* (in *Festschrift für* WACH, Leipzig, 1913, II, 155); NIEDNER, *Zur Frage einer durchgreifende Justizreform* (Hannover, 1907); NUSSBAUM, *Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse* (München, 1908); PETERS, *Das englische bürgerliche Streitverfahren und die deutsche Zivilprozessreform* (Berlin, 1908); PETERSEN, *Die Verminderung der Revisionen* (in « D. J. Z. », 1898, numero speciale); ID., *Nochmals die Erhöhung der Revisionssumme* (in « D. J. Z. », 1898, 7); PLANCK, *Lehrbuch des deuts. Civilprozessrechts* (vol. I, Nördlingen, 1887; II, München, 2ª ed., 1896); POLLAK, *System des österreichischen Zivilprozessrechts* (Wien, 1906); RIEDINGER, *Präjudizienkultus der Praxis* (in « C. A. », CVII, 189); ROCHOLL, *Die Revision in bürgerlichen Rechtsstreite und ihre Grenzen* (in « Z », X, 285); SCHMIDT, *Lehrbuch des deuts. Zivilprozessrechts*, 2ª ediz. (Leipzig, 1906); ID., *Allgemeine Staatslehre* (Leipzig, 1901); ID., *Das Reichsgericht und die deuts. Rechtswissenschaft* (in « Sachs. A. », 1904, 217); SCHULZ, *Ein Vorschlag zur Umgestaltung des Rechtsmittels der Revision* (in *Festschr. für* WACH, I, 385); SCHULTZENSTEIN, *Ueber die Einheit der Rechtsprechung* (in « Z. », XVIII, 88); SCHWARTZ, *Die Novelle vom 17/20 Mai 1898* (Berlin, 1902); SEDLÀCÊK, *Die Beweisfrage nach der ZPO vor dem obersten Gerichtshofe* (in « Allg. österr. Gerichtsz. », 1899, n. 8); SKEDL, *Das österreichische Civilprocessrecht*, I vol. (Leipzig, 1900); ID., *Urteilsnichtigkeit im österr. Prozessrechts* (in « Grünhut Z. », XIV, 81); SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. SCIALOIA, Torino, 1886); SONNENSCHMIDT, *Ueber das Rechtsmittel der Revision* (in « Z. », II, 421); STAHL, *Zur Lehre von der Revision* (in « C. A. », LXVII, 94); STEIN, *Das private Wissen des Richters* (Leipzig, 1893); STEIN (F.), *Der Sachverhalt vor der Revisionsinstanz* (in « Jur. Blätter », di Vienna, 1900, 387); STREINGLEIN, *Die Rechtseinheit in Deutschland* (in « D. J. Z. », III, 413); VIERHAUS, *Ueber die Bedeutung des Urtheils des Revisionsgerichts für die weitere Entscheidung der Sache im Falle der Zurückverweisung derselben an das Berufungsgericht* (in « Z. », VI, 217); WACH, *Handbuch des deuts. Civilprocessrechts* (Leipzig, 1885); ID., *Vorträge über die Reichscivilprocessordnung*, 2ª ed. (Bonn. 1896); ID., *Urteilsnichtigkeit* (in « Rhein. Z. », 1910, 380); ID., *Nochmals die Urteilsnichtigkeit* (in « Rhein. Z. », 1912, 509); ID., *Nachlese zur Urteilsnichtigkeit* (in « Rhein. Z. », 1914, 357); ID., *Die Zuständigkeit des Reichsgerichts* (in « D. J. Z. », 1898, 6); ID., *Die Erhöhung der Revisionssumme* (in « D. J. Z. »,

1904, 1149); ID., *Die Entlastung des Reichsgerichts* (in « Rhein. Z. », 1910, 287); WEHLI, *Die Kassation in neuen Z. P.* (in « Jur. Blätter », di Vienna, 1897, nn. 43-44); ID., *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung* (in *Festschrift für* WACH, I, 401); WEISMANN, *Lehrbuch des deuts. Zivilprozessrechtes*, I vol. (Stuttgart, 1903); ID., *Einheitliches Recht und einheitliche Rechtssprechung* (in « Z. », IX, 169); WEISS, *Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen* (Bern, 1908); WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, vol. I (trad. it. FADDA-BENSA, Torino, 1902); ZACHARIAE VON LINGENTHAL-CROME, *Manuale del diritto civ. francese* (trad. it. BARASSI, vol. I, Milano, 1907); ZEILER, *Von den responsa prudentium zum Auslegungsgerichtshof* (in « Rhein. Z. », 1912, 367); ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, II vol. (Leipzig, 1898).

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Metodo di ricerca seguìto nel « Disegno generale dell'istituto ». — 2. Oggetto e limiti della trattazione. — 3. Ordine della trattazione e partizione della materia in Capi.

1. — Sul punto di intraprendere, col sussidio degli elementi storici che la indagine preparatoria svolta nel precedente Volume ci ha forniti, lo studio dogmatico della Cassazione nel nostro diritto positivo, mi sono trovato, anche qui, dinanzi a un problema preliminare di metodo: ho dovuto, cioè, domandare a me stesso se, esaurita la trattazione sulla genesi dell'istituto, la quale ci ha permesso di stabilire da quali fonti esso è passato nella nostra legislazione attuale, fosse opportuno iniziare senz'altro, sulle disposizioni che lo regolano, quel paziente e minuto lavoro di esegesi a base di casi giurisprudenziali, che di tutti i commentari giuridici con intenti non solamente teorici è di solito l'elemento fondamentale. Se avessi risoluto affermativamente questo problema, avrei dovuto senz'altro, serbandomi fedele all'ordine secondo il quale gli articoli si susseguono nella disposizione dei Codici, trattenermi su ciascun articolo fino a esaurire la trattazione di tutte le questioni, anche se sprovviste di ogni importanza teorica, alle quali esso può aver dato luogo in un cinquantennio di applicazione forense: sarei caduto così in quel vizio d'origine che, in confronto delle elaborazioni sistematiche, hanno sempre i commenti esegetici, nei quali il concetto sintetico dell'istituto preso a studiare si può raggiungere soltanto — se pur non resta soffocato sotto la complicata congerie dei precedenti giudiziarî — come conclusione del lavoro, mentre sarebbe indispensabile potersene valere come punto di partenza dell'opera, per vivificare colla chiara nozione dei principî generali l'arido commento delle disposizioni speciali.

Per sfuggire a questi inconvenienti ho ritenuto necessario interporre, fra la Parte storica e la Parte speciale di commento teorico-pratico, una trattazione intermedia, intitolata « Disegno generale dell'istituto ». Il titolo basta ad esprimerne la ragion d'essere: se subito avessi affrontato l'esegesi dei singoli articoli, in modo da

esaurire una volta per sempre tutte le questioni attinenti a ciascuno, avrei fatto come il pittore, che, iniziando un suo quadro, si fosse perduto a colorire e a rifinire in ogni sfumatura di dettaglio un angolo della tela, senza prima aver tracciato sul resto di essa le linee fondamentali delle figure; ho voluto invece cominciare dall'osservare l'istituto un po' da lungi, sì da perder di vista tutti i suoi caratteri accessori, conservando solamente la visione più netta della sua ossatura giuridica, per poter tracciare con più facilità il profilo dei suoi contorni, che dovrà essere nella Parte speciale riempito e colorito.

Naturalmente, per ottener questo intento, mi son ben guardato dallo sbizzarrirmi in costruzioni aprioristiche campate in aria; ma ho dovuto compiere un'indagine, a dir così, delibativa, di tutte le norme che regolano la Cassazione nel nostro diritto, poiché i legislatori non usano definire lo scopo generale di un istituto in un unico articolo, che ne costituisca la chiave teorica, ma è rilasciato all'interprete di trarne la corretta nozione dalla somma di tutti gli elementi filosofici che in ciascuna disposizione positiva stanno racchiusi. Non vorrei pertanto essere accusato di superficialità o di superflue duplicazioni di indagine, solo perché in questo Volume ho dovuto di molte questioni dare un cenno sbrigativo e sommario, senza analizzarne a lungo tutti i precedenti dottrinari e giurisprudenziali: questa è infatti una conseguenza inevitabile del metodo prescelto, che mi ha consigliato di passare preliminarmente in rassegna tutte le questioni più importanti alle quali nella pratica ha dato luogo la Cassazione, non tanto per cercare di esse la più corretta soluzione esegetica, quanto per chiedere ad esse la rivelazione di qualche tratto caratteristico che potesse servirmi ad integrare la fisionomia dell'istituto.

E un'altra avvertenza di metodo debbo qui dare. Molte volte, nel corso di questo Volume, mi sono trovato nella necessità di ricorrere a quei concetti fondamentali del diritto processuale o della teoria generale del diritto, intorno ai quali anche la dottrina italiana di questi ultimi decenni si è, non senza fruttuosa originalità di risultati, affaticata: orbene, quando mi sono trovato dinanzi a questa necessità, invece di perdermi in lunghe digressioni a spiegare per quali motivi preferisco sull'argomento una teoria piuttosto che un'altra o a sforzarmi di mettere insieme a tutti i costi una teoria mia propria, ho preferito molte volte « saggiare » successivamente, sull'istituto che qui si studia, diverse tra le opinioni che nella dottrina più autorevole si contendono il campo intorno alla miglior definizione dei suaccennati concetti fondamentali, al fine di ottenere, con queste successive riprove intraprese sotto sva-

riati angoli visuali, una definizione meno unilaterale, e quindi meno lontana dal vero, dell'istituto medesimo. Facendo ciò, io credo di aver battuta la via che dovrebbero ormai, a mio avviso, seguire i giovani processualisti italiani, per ottenere che al grande incremento oggi raggiunto dalla nostra scienza segua una corrispondente elevazione degli istituti giudiziari positivi.

A chiudere il periodo in cui la procedura era considerata come un giuoco tortuoso di formule e di cavilli pratici, è venuta anche in Italia, nell'ultimo trentennio, una salutare reazione che, attraverso una revisione fondamentale dei principî, ha saputo porre anche da noi su solide basi la rinnovata scienza processuale; ma, su queste basi teoriche poste da insuperati Maestri, è tempo ormai di cominciare la revisione dei singoli istituti positivi, che, visti attraverso le premesse di principio fissate in questo trentennio, appariranno agli studiosi con aspetti finora neppur sospettati. La rielaborazione dei principî fondamentali, nobilmente compiuta anche dalla dottrina italiana, è stata finora indispensabile; ma sarebbe inutile e pericoloso perpetuarla anche nell'avvenire. Se così fosse, quando ogni giovane processualista ritenesse necessario anche nel futuro dedicarsi tutto a escogitare nuove teorie sul concetto di azione o su quello di giurisdizione o su altri simili concetti generali, le biblioteche si arricchirebbero di opere teoriche che nessun avvocato e nessun giudice leggerà mai, e le aule giudiziarie italiane continuerebbero a deliziarsi in pratica di un sistema processuale che sembra intollerabile a chiunque pensa che i tribunali debbano servire alla spedita giustizia e non alla malafede temporeggiatrice (1).

2. — La trattazione che svolgerò in questo Volume investirà, dal punto di vista dogmatico, lo stesso oggetto che nel Volume precedente fu studiato dal punto di vista storico: cioé la *Cassazione civile.* Quando in queste pagine si adopera la parola *Cassazione,* si vuole con tale espressione ellittica indicare (già lo avvertii nella Parte storica: Vol. I, n. 2) quell'istituto complesso che risulta dalla fusione di un istituto che fa parte dell'ordinamento giudiziario-politico, la Corte di cassazione, con un istituto che appartiene al diritto processuale, il ricorso per cassazione: mentre, infatti, nella Parte speciale, sarà opportuno trattare separatamente di questi due istituti componenti, al fine di riprodurre nella esegesi

---

(1) Si cfr. gli aurei insegnamenti dello SCIALOJA, *Diritto pratico e diritto teorico* in« R. d. co. », IX [1911] I, pag. 941.

la separazione che esiste nei nostri testi positivi fra le Leggi organiche giudiziarie e il Codice processuale, qui sembra opportuno, ponendo in continuo raffronto i due istituti che a vicenda si integrano e si chiariscono, studiare il concetto unico che ambedue li informa, e alternare, secondo le esigenze della ricerca, le considerazioni relative alla funzione dell'organo, a quelle relative al rimedio processuale che serve a provocarla.

Avverto in secondo luogo che, quando si parla di Cassazione *civile*, si intende con questa seconda parola escludere dall'indagine non solo l'istituto corrispondente del processo penale (di cui pur si terrà conto per le opportune comparazioni), ma anche tutte le attribuzioni, assegnate alla Corte di cassazione dalle vigenti leggi, che siano diverse da quella caratteristica di conoscere « dei ricorsi per annullamento delle sentenze, a norma dell'art. 517 » (art. 89 CPC). È noto che la Corte di cassazione, com'è ordinata presso di noi, cumula a questa sua funzione fondamentale che non potrebbe esserle tolta senza abolire insieme l'istituto della Cassazione, altre funzioni accessorie di disparata natura (2), che non le competono in quanto essa sia giudice di cassazione, ma in quanto essa è giudice *supremo* (per es. in materia di regolamento di competenza, in materia disciplinare, ecc.); mentre poi l'ufficio di dirimere i cosidetti conflitti di giurisdizione fra i tribunali ordinarî e le giurisdizioni speciali, che le fu assegnato dalla legge 31 marzo 1877, non rappresenta neanche una conseguenza necessaria della sua posizione di organo supremo dell'ordinamento giudiziario, ma costituisce l'attribuzione di una funzione nuova, che sarebbe stato forse più opportuno commettere ad uno speciale Tribunale dei conflitti, appositamente creato (3): si intende, pertanto, come lo studio di tutte queste attribuzioni speciali, di cui il nostro diritto positivo ha investito la Corte di cassazione per motivi di convenienza pratica più che per stretta affinità di esse colla attribuzione istituzionale della Corte medesima, debba restare in questa mia trattazione necessariamente limitato a qualche breve richiamo di analogie.

3. — Segnati così i limiti della materia trattata, resta da dare qualche avvertenza sull'ordine della trattazione. Il proposito informatore di essa è stato quello di studiare la Cassazione civile da un punto di vista prevalentemente dinamico, considerandola non

---

(2) Cfr. una dettagliata enumerazione di queste attribuzioni in MATTIROLO, *Trattato*, I, nn. 407 e segg.

(3) Cfr. MATTIROLO, *Trattato*, I, nn. 1025 e segg.; MORTARA, *Comm.*, I, nn. 471 e segg.; IV, n. 413.

come un istituto immobile nella lettera delle disposizioni che lo disciplinano, ma come un organismo vivo che ha dinanzi a sé una precisa finalità da raggiungere e che si muove per realizzarla. Tutti i problemi, infatti, sono stati prevalentemente considerati nel loro aspetto teleologico, e mai si è omesso di porre in evidenza il nesso che passa, o che dovrebbe passare, tra lo scopo teorico da raggiungere e i mezzi pratici offerti dall'ordinamento positivo per raggiungerlo.

Così impostata la ricerca, la materia verrà spontaneamente a raggrupparsi in un ordine oltremodo semplice e chiaro. Cercheremo anzitutto di precisare, al lume degli insegnamenti storici fornitici dal Volume precedente, qual'è lo *scopo* che la Cassazione si propone di raggiungere nell'ordinamento giuridico italiano (Capo I); studieremo poi da quale parte provenga in pratica l'*impulso* per l'attuazione di questo scopo, e vedremo che questo è normalmente fornito dall'interesse privato, la cui iniziativa si trova così posta a servizio dell'interesse collettivo (Capo II); saranno in seguito messi in luce i caratteri fondamentali del ricorso in Cassazione, considerato come lo *strumento* che il diritto processuale offre all'iniziativa privata per il raggiungimento dello scopo suddetto (Capo III); e finalmente esamineremo se la Cassazione, qual'è ordinata nel nostro diritto, abbia *attitudine a raggiungere lo scopo* che si prefigge, o se non piuttosto questo scopo debba ritenersi irraggiungibile finché non siano state apportate all'istituto fondamentali riforme (Capo IV).

La conclusione di questo « Disegno generale » sarà dunque una breve digressione nel campo del *ius condendum*; ma apparirà anche questa come un logico e discreto suggerimento dell'*ius conditum*, il quale rivelerà inconciliabile il dissidio tra la vantata finalità dell'istituto e la assoluta inettitudine del suo attuale ordinamento a soddisfarla.

CAPO PRIMO

LO SCOPO DELLA CASSAZIONE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

CAPITOLO I

CONCETTO GENERALE DELLA CORTE DI CASSAZIONE COME ORGANO DI CONTROLLO GIURIDICO

SOMMARIO: 4. Indeterminatezza della formula contenuta nell'art. 122 LOG: se ne può dedurre soltanto che lo scopo della Corte di Cassazione è diverso da quello degli altri tribunali. — 5. Che cosa vuol dire « osservanza delle leggi ». — 6. La funzione di *controllo giuridico* come una delle funzioni fondamentali dello Stato. — 7. Duplice oggetto di questo controllo: *a*) la condotta dei sudditi; *b*) la condotta degli organi di Stato; possibilità di un controllo sul controllo. — 8. La Corte di cassazione come organo di controllo giuridico sulla attività degli organi giurisdizionali: applicazioni alla Cassazione dei caratteri e delle classificazioni proprî al concetto generale di controllo giuridico. — 9. Inesattezza di certe definizioni tradizionali dello scopo della Cassazione: diversità dell'interesse pubblico, al quale essa serve, dall'interesse pubblico al quale servono gli altri organi giurisdizionali.

4. — La formula, contenuta nell'art. 122 della LOG, secondo la quale « la Corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi » (1), non riesce a dare, a chi si limiti a

---

(1) Cfr. art. 86 del Regolamento organico della giustizia civile e criminale 13 giugno 1806 per il Regno d'Italia: « La Corte di cassazione è istituita per mantenere la esatta osservanza delle leggi e per richiamare alla loro esecuzione le Corti, i Tribunali e i Giudici che se ne fossero allontanati » (vol. I, n. 249); stessa formula nell'art. 112 della LOG di Napoli, 29 maggio 1817 (vol. I, n. 263). Nel proemio al R. Editto piemont. 3 ottobre 1847, era detto che il magistrato di cassaz. aveva « l'alta missione di mantenere l'unità de' principî e di ricondurre costantemente all'eseguimento delle leggi tutte le parti dell'ordine giudiziario che tendessero a deviarne » (vol. I, n. 265, 2). Queste formule non si ritrovano in nessuna disposizione del diritto francese, ma sono una parafrasi delle parole contenute nell'*Arrêté du Conseil*, 18 dec. 1775 (« ...remède

intenderla nel suo significato letterale, un'idea, non dico esatta, ma nemmeno approssimativa, dell'istituto cui si riferisce. La conoscenza, entrata ormai quasi per tradizione a far parte del nostro patrimonio giuridico, del modo con cui praticamente funziona la Cassazione, può darci l'illusione che lo scopo per il quale questo istituto è entrato a far parte dell'ordinamento giudiziario italiano scaturisca dalla suddetta formula, della quale siamo ormai abituati a correggere mentalmente la indeterminatezza: ma assai imbarazzato resterebbe chi, ignorando *a priori* per quali caratteri la Corte di cassazione si differenzia dagli altri organi giudiziari, sperasse di trovar definita la sua funzione nella lettera dell'articolo 122, senza bisogno di risalire alla genesi storica di questo testo o di cercarne il chiarimento in altri testi del nostro diritto positivo (2).

Tuttavia, anche il semplice fatto della esistenza di questo articolo 122 può guidarci ad una osservazione non priva di importanza. Sembra infatti opportuno rilevare che esso, con esempio forse unico nella Legge di cui fa parte, non mira a determinare quali siano le attribuzioni della Corte di cassazione, ma vuol soltanto mettere in evidenza qual'è lo *scopo* che essa (« istituita per mantenere... », ecc.) è destinata a raggiungere, esercitando le attribuzioni in altri articoli (123 LOG; 88 CPC) enumerate: siamo dunque dinanzi non ad una definizione di ciò che la Cassazione *è*, ma dinanzi a una specie di giustificazione dell'istituto fatta coll'annunciare i benefici che dalla sua esistenza il legislatore si ripromette di conseguire. Questo modo di procedere del legislatore non ci meraviglierebbe, se lo vedessimo seguìto, come regola costante di tecnica legislativa, anche per gli altri organi che fanno parte dell'ordinamento giudiziario: se, per esempio, anche per i Tribunali di prima istanza, accanto agli articoli che definiscono le attribuzioni (42 LOG; 84 CPC), trovassimo una norma dichiarante che « i Tribunali sono istituiti per rendere giustizia », o contenente qualche altra formula, destinata ad esprimere qual'è lo scopo per cui i Tribunali funzionano. Senonché questa esplicita dichiarazione di scopi, ripetuta per

---

extrême qui ne peut avoir pour objet que le maintien de l'autorité législative et des ordonnances ») e della *Instruction*, 1791 (« il n'est institué que pour ramener perpétuellement à l'exécution de la loi toutes les parties de l'ordre judiciaire qui tendraient à s'en écarter »), cfr. TARBÉ, *Lois, Intr.*, pag. 9.

(2) Cfr. MORTARA, *Comm.*, II, pag. 22: « Presa *ad litteram* e isolatamente, la formula dell'art. 122 si presterebbe ad autorizzare e legalizzare l'ingerenza della Corte di cassazione in qualunque ufficio della sovranità, senza che i confini proprî della funzione giurisdizionale potessero farvi ostacolo, sotto il pretesto di " mantenere la esatta osservanza delle leggi ". L'assurdo uccide una simile interpretazione, ecc. ».

tutti gli organismi giurisdizionali, sarebbe un inutile e fin ridevole ingombro, dal momento che tutti gli organi giurisdizionali, pur con diversità di attribuzioni, rispondono ad un unico fine, che è poi quello comune a tutta la funzione; onde, dal considerar ciò, una conseguenza par che logicamente scaturisca: che se il nostro legislatore ha sentito per la sola Corte di cassazione quella necessità di definirne gli scopi, che non ha sentito per gli altri organi giurisdizionali, ciò deriva dal fatto che *la Corte di cassazione serve ad uno scopo differente da quello a cui servono tutti gli altri organi giurisdizionali.*

Stabilire in che consista questa differenza sarà còmpito della indagine che segue.

5. — L'art. 122 LOG ci dice che la Corte di cassazione è istituita per mantenere « l'esatta *osservanza* delle leggi ». Per intendere questa disposizione, bisogna anzitutto domandarci che cosa tecnicamente significa « osservare » la legge, e da parte di chi la legge può essere « osservata ». Carattere fondamentale di ogni legge, ossia, per dir meglio, di ogni norma giuridica, è quello di essere un comando *astratto ed ipotetico,* il quale non si dirige a Tizio o a Caio, ma a tutti coloro i quali nell'avvenire possano venire a trovarsi in certe condizioni di fatto (*estremi della fattispecie legale*) che la norma prevede e determina (oltre, n. 11): deriva naturalmente da ciò che, fino a quando le condizioni di fatto ipotizzate dalla norma non vengono a verificarsi nella vita pratica della consociazione, la norma è un comando campato in aria, *senza destinatario concreto*; onde, come non potrebbe alcuno, non trovandosi nelle condizioni volute dalla norma, contravvenire ad essa, così alcuno non potrebbe, con tutta la buona volontà che vi mettesse, osservare una norma di cui egli non è destinatario. In altre parole, una norma, finché si mantiene ipotetica ed astratta come il legislatore l'ha posta, non è suscettibile di essere né violata né osservata: poiché essa comanda a tutti, ma anche, finché la sua fattispecie non s'è realizzata nel mondo esterno, non comanda a nessuno (3).

La possibilità di « osservare » la norma nasce, invece, quando alcuno, nella vita pratica, viene a trovarsi positivamente e concretamente in quelle condizioni di fatto che la norma ipotizza in astratto: allora, per il coincidere della fattispecie legale colla

---

(3) Cfr. il mio scritto *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile,* n. 2.

fattispecie concreta, scaturisce dalla volontà generica contenuta nella norma una volontà specifica relativa al singolo caso, e dal comando indeterminato contenuto nella norma nasce un comando determinato e preciso, volto a ottenere una certa condotta da una persona individualmente definita. A questo punto la persona alla quale si rivolge il concreto comando giuridico, o, come si dice, il suo « destinatario », può comportarsi in due modi diversi: può, anzitutto, conformare la sua condotta al precetto giuridico che lo concerne, ossia eseguire ciò che il precetto giuridico gli comanda di eseguire, e in questo caso si dice che egli « osserva » la norma; può, invece, condursi in modo diverso dal precetto, non eseguire ciò che esso gli comanda, e in questo caso si produce quella che comunemente si chiama una « violazione » della norma giuridica, ma che più precisamente dovrebbe chiamarsi una « inesecuzione » di un imperativo concreto nascente dalla norma giuridica. Deriva dalle cose dette una importante conseguenza: che, quantunque si parli di osservanza o violazione della « legge », o della « norma giuridica », in realtà, come si è visto, non è mai la volontà ipotetica contenuta nella norma astratta che viene osservata o violata, ma è sempre, a seconda dei casi, osservata o violata quella volontà concreta che *nasce* dalla norma astratta, ma che non è la norma astratta; il che significa che l'attività del singolo destinatario di un precetto concreto non può mai porsi in contrasto colla volontà del legislatore generica ed astratta, ossia negare riconoscimento alla norma come tale, ma può solamente conformarsi e ribellarsi a quella *lex specialis* che le circostanze fanno di volta in volta scaturire dalla vera e propria legge generale.

Se, dunque, « osservanza della legge », niente altro significa che esecuzione di concreti comandi nascenti dalla legge, per parte di coloro cui questi si indirizzano, la funzione della Corte di cassazione si ridurrebbe a questa: « vegliare a che le concrete volontà giuridiche nascenti dalla legge per il coincidere della fattispecie concreta colla fattispecie legale, siano eseguite esattamente dai loro destinatari », e poiché, come meglio tra poco si vedrà (oltre, n. 7), gli imperativi concreti nascenti dalle norme di diritto privato si indirizzano immediatamente ai singoli sudditi, si verrebbe logicamente a concludere che la Corte di cassazione civile debba vigilare a che siano esattamente eseguiti *dai privati* i precetti giuridici di cui questi si trovino ad essere in materia civile i destinatari. Per comprendere come questa conclusione sarebbe inesatta, e come essa ci farebbe cadere, contrariamente a quanto si è premesso (retro, n. 4), in una identificazione dello scopo della Cassazione collo scopo degli altri organi giurisdizionali, occorre brevemente fermarci sul

concetto, che può darci in materia utili chiarimenti, di *controllo giuridico*.

6. — Poiché le leggi giuridiche vogliono ad ogni costo attuarsi, ma possono anche, a differenza delle leggi fenomeniche, essere trasgredite qualora la condotta dei consociati non si conformi spontaneamente alla regola (4), si capisce come gli ordinamenti statuali, a cominciare dai più antichi, abbiano preventivamente preso in speciale considerazione la ipotesi della inosservanza della legge da parte degli obbligati, ed abbiano stabilito misure adatte a verificare che il diritto obiettivo non restasse lettera morta e ad assicurarne la esecuzione coattiva, ove gli obbligati non si conformassero ad esso spontaneamente. Quando la dottrina assegna alla Stato due funzioni, quella *giuridica* e quella *sociale* (5), comprende nella prima non solo l'attività dello Stato volta a porre norme giuridiche, ma anche l'attività dello Stato volta a far valere le norme giuridiche già poste (6): ora, mentre la prima di queste due esplicazioni della funzione giuridica costituisce in particolare la funzione legislativa, la seconda costituisce appunto quella che può genericamente chiamarsi funzione di *controllo giuridico*.

In corrispondenza colla etimologia della parola, che racchiude il significato di « revisione, raffronto, riscontro » (7), rientra nel concetto di *controllo* qualunque « indagine sulla rispondenza di un determinato atto o comportamento a determinate norme » (8); e, in particolare, si può parlare di un controllo *giuridico* quando l'indagine sia diretta a stabilire se la condotta tenuta da una persona in determinate circostanze si sia svolta secondo il concreto imperativo nato, all'indirizzo di quella stessa persona, da una norma [regola di condotta] *giuridica* (9). Il concetto di controllo giuridico, che la

---

(4) Cfr. VANNI, *Lezioni*, pag. 69 e 259.

(5) Cfr. RANELLETTI, *Principi*, nn. 33-68.

(6) ID., *ibidem*, n. 40.

(7) Cfr. VANNI (G. A.), *Organizzazione degli uffici finanziari*, nn. 315-316 e specialmente nota 1 a pag. 1136.

(8) FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, pag. 608, CAMMEO, *La competenza della IV Sezione sugli atti amministrativi*, ecc. n. 21.

(9) La classificazione dei controlli può esser fatta anzitutto in base alla natura della norma che serve come termine di paragone all'attività controllatrice: in questo senso si ha un controllo *giuridico* quando la norma che serve di riscontro è una norma giuridica, come si ha un controllo *politico*, quando la norma che serve di riscontro ha carattere di mera opportunità politica, o un controllo *contabile*, quando il riscontro è compiuto in base a criteri di contabilità. Ma la classificazione dei controlli può esser fatta (oltre, testo, n. 8 *b*), anche in base alla

dottrina italiana studia a preferenza in relazione agli speciali controlli che si trovano istituiti nel nostro ordinamento positivo per vigilare il funzionamento della pubblica amministrazione (10), si presta dunque ad essere considerato da un punto di vista assai più generale, anche in relazione alla teoria delle funzioni fondamentali dello Stato: talché qualche scrittore, abbandonando la teoria tradizionale che contrappone alla funzione legislativa la funzione giurisdizionale, ha ritenuto più esatto contrapporre alla prima la *funzione di controllo giuridico*, la quale, comprendendo molteplici esplicazioni dell'attività dallo Stato tratte da svariatissimi campi, avrebbe limiti più larghi della seconda, poiché abbraccerebbe, insieme colla funzione giurisdizionale propriamente detta, anche qualsiasi forma di vigilanza (disciplinare, amministrativa) con cui lo Stato miri a ottenere che, in tutti i dominî della vita sociale, le norme giuridiche siano, nella loro volontà concreta, esattamente osservate, così dai privati cittadini, come dalle persone preposte agli organi pubblici (11): ciò vorrebbe dire che nel concetto di controllo giuridico rientrerebbe ogni forma di attività giurisdizionale, mentre non sarebbe vera la proposizione inversa (12).

7. — Abbiamo accennato qual'è il *contenuto* di questa funzione di controllo giuridico che qualche scrittore vuol considerare come una delle funzioni fondamentali dello Stato, più comprensiva della funzione giurisdizionale; occorre ora distinguere i suoi caratteri secondoché l'*oggetto* su cui il controllo si esercita sia costituito: *a*) dalla condotta degli individui; *b*) dalla condotta degli organi dello Stato.

a) Nonostante che non sia mancato qualche tentativo di rappresentare le norme di diritto sostanziale come una istruzione destinata al giudice, la dottrina è ormai concorde, almeno per quel

---

natura dell'organo che controlla e in base alla natura dell'atto con cui si esplica il controllo. Basandosi su questo criterio lo GNEIST, *L'amministrazione e il diritto amministrativo inglese* (Bibl. scienze politiche, III, 1ª, Torino, 1896), pag. 324 e segg., distingue i controlli sull'amministrazione in parlamentari, giuridici, amministrativi; e la parola *giuridici* è qui usata nel senso di *giurisdizionali*, perché, nel senso precedente, possono essere giuridici anche dei controlli esercitati in forma di atto amministrativo.

(10) Cfr. CAMMEO, *Comm.*, I, nn. 63-67: il FORTI studia il concetto di controllo giuridico con speciale riferimento ai controlli dell'amministrazione comunale (scritto cit.); il VANNI (G. A.) tratta dei controlli finanziarî (scritto cit., n. 315 e segg.).

(11) SCHMIDT, *Staatslehre*, I, n. 202 e segg.

(12) Cfr. CAMMEO, *Competenza della IV Sez.*, n. 21, nota 1.

che si riferisce al diritto privato, nel ritenere come destinatarî delle norme giuridiche sostanziali, i sudditi facienti parte della consociazione, cioè i privati (13): se, dunque, i concreti precetti giuridici, che scaturiscono dalle norme di diritto privato, si indirizzano immediatamente ai cittadini, lo Stato, per esplicare la sua funzione di controllo sulla osservanza di queste norme, dovrà direttamente controllare la condotta dei privati, che ne sono i destinatari. Questo, infatti, lo Stato fa quando svolge quella speciale forma di controllo giuridico che dicesi giurisdizione *civile* (14), colla quale esso mira ad accertare se in materia civile siano state volontariamente attuate dai privati le concrete volontà di legge scaturenti al loro indirizzo dalle norme giuridiche, e, in caso negativo, ad attuarle coattivamente sostituendosi ai trasgressori.

Dal rappresentare la giurisdizione in genere, e in particolare la giurisdizione civile alla quale ha più stretto riferimento questo mio lavoro, come una forma di controllo giuridico dello Stato sulla condotta dei privati, deriva una nuova conferma a quell'insegnamento, accolto in questi ultimi anni anche in Italia da una parte autorevole della dottrina (15), secondo il quale lo scopo immediato dell'attività giuridizionale dello Stato deve scorgersi, anche in materia civile, non già nella difesa dei diritti soggettivi dei cittadini, ma nell'attuazione del diritto obiettivo in quanto si sia specializzato in singoli imperativi concreti (oltre, n. 50). La giurisdizione considerata come un'attività di controllo appare così veramente un necessario proseguimento dell'attività legislativa, le cui statuizioni ipotetiche ed astratte mancherebbero assolutamente al loro intento pratico di mantenere l'ordine nella società, ove lo Stato non si occupasse di porre continuamente a raffronto colla regola astratta di condotta la condotta concreta dei consociati, e di garantirsi contro il mal volere o contro l'inerzia di coloro ai quali esso rivolge i suoi imperativi.

b) La funzione di controllo giuridico dello Stato non può esaurirsi nel raffrontare al diritto le attività dei sudditi: non si può dire infatti che tutte le norme giuridiche che lo Stato pone siano dirette a regolare la condotta di questi, quando sempre più numerose e precise sono nelle costituzioni moderne le norme giuri-

---

(13) Cfr. *Limiti* cit., n. 3; BATTAGLINI, *Le norme del diritto penale e i loro destinatari*, n. 53; BRUNETTI, *Norme e regole finali nel diritto*, cap. IV; HELLWIG, *Lehrbuch*, II, § 92.

(14) SCHMIDT, *Staatslehre*, I, pag. 207.

(15) Cfr. per tutti MORTARA, *Comm.*, I, nn. 16-17; CHIOVENDA, *Principii*, § 2, e dottrina citata ivi, a pag. 66.

diche colle quali lo Stato (Stato *di diritto*) fissa alla propria attività i limiti entro i quali deve svolgersi l'esercizio degli stessi poteri inerenti alla sovranità, e quando, d'altra parte, affinché lo Stato abbia la possibilità pratica di volere e di agire come unità per il raggiungimento dei propri fini, occorre che per esso agisca un sistema di organi costituiti da persone fisiche, tra i quali, con apposite norme, le attribuzioni dello Stato devono essere ripartite e concretate in tante separate sfere di attività (16). Se, dunque, anche le funzioni dello Stato si esercitano attraverso una serie di attività regolate dal diritto, si capisce come si possa parlare anche di un controllo giuridico esercitato dallo Stato sui propri organi, allo scopo di riscontrare se la loro attività si sia svolta in conformità colle norme di organizzazione, e se la condotta tenuta dalle persone fisiche che ad essi sono preposte, abbia corrisposto alle regole di condotta prescritte dallo Stato ai propri funzionari (17).

In tutti gli ordinamenti positivi si trovano infatti appositi istituti destinati a verificare che gli organi dello Stato si muovano entro i propri limiti di attribuzione: perfino sugli organi investiti della funzione legislativa si incontrano in taluni Stati esempî di questo sindacato (si pensi al controllo sulla costituzionalità delle leggi esercitato dalla Suprema Corte degli Stati Uniti d'America; Vol. I, n. 243); ma esso è assai più frequente sugli organi esecutivi, che non possono esplicare la loro funzione *sociale* fuori dei confini tracciati dal diritto, e perfino sugli stessi organi incaricati di esercitare il controllo giuridico sui sudditi, come, ad esempio, sugli stessi organi giurisdizionali.

In questo ultimo caso ci troviamo dinanzi al caratteristico fenomeno di un *controllo sul controllo*: l'organo giurisdizionale, istituito per controllare che la condotta dei sudditi corrisponda ai precetti giuridici di cui essi sono destinatarî, è sottoposto a sua volta al sindacato di un organo superiore, incaricato di controllare se l'attività di controllo esercitata dal giudice si sia svolta nell'àmbito della legalità; è proprio il caso di dire che qui l'organo superiore « *custodit ipsos custodes* ».

8. — La distinzione sovraccennata degli organi di controllo giuridico in due categorie (quelli destinati a controllare la legalità della condotta dei privati, e quelli destinati a controllare la legalità della condotta degli organi dello Stato) ci permette di

---

(16) Cfr. RANELLETTI, *Principî*, n. 109 e segg.

(17) SCHIMDT, *Staatslehre*, I, pag. 207 e 209.

tornare al problema lasciato momentaneamente in sospeso (retro, n. 5) con qualche nuovo elemento che ne faciliterà la soluzione. Sappiamo ora che tutti gli organi di controllo, a qualunque categoria appartengano, hanno comune l'attribuzione (diversa da quella di *porre* la legge, e da quella di *eseguire* la legge), di vigilare a che la legge sia osservata (eseguita nelle sue volontà concrete) dai suoi destinatari: e siccome gli organi della giurisdizione civile rientrano tipicamente, come si è visto, in una categoria degli organi di controllo (retro, n. 7 *a*), così è lecito dire che la formula, adottata dall'art. 122 LOG per definire l'ufficio della Corte di cassazione, è alla lettera applicabile anche ad essi, che sono appunto istituiti « per mantenere la esatta osservanza della legge » da parte dei privati. Ma se, da questo punto di vista molto generale, la funzione di tutti gli organi giurisdizionali si identifica per il suo contenuto con quella della Corte di cassazione, la identità sparisce quando si pensi alla diversità dell'*oggetto* sul quale la funzione di controllo si spiega nei vari casi: infatti, mentre gli organi della giurisdizione civile diversi dalla Corte di cassazione esercitano il loro controllo sulla condotta dei privati, il controllo della Corte di cassazione ha per oggetto la condotta degli organi giurisdizionali, in quanto la attività di questi sia regolata da norme giuridiche di diritto pubblico. Questa differenza, la quale costituisce, per così dire, la chiave di volta di tutto l'istituto, non si trova neppure accennata nella lettera dell'articolo 122; ma essa, che già scaturisce dalla trattazione storica (Vol. I, n. 177) e che meglio sarà dimostrata dal seguito di questo Volume, dev'essere fin d'ora messa in evidenza, se si vuol dare un significato preciso all'articolo stesso, il cui tenore dovrebbe pertanto essere integrato in questo modo: « La Corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi *da parte degli organi giurisdizionali* » (18).

---

(18) FEUERBACH, *Betrachtungen*, II, pag. 95: « Come i Tribunali devono mantenere l'osservanza della legge sui sudditi, così deve la Corte di cassazione mantenerla sui Tribunali ». Il controllo della Corte di cassazione si esercita dunque soltanto sugli organi della giurisdizione, non anche sugli organi della funzione esecutiva e della funzione legislativa, come potrebbero far credere alcune frasi enfatiche che dànno della Cassazione un concetto troppo superiore a quello vero: cfr. per es. la Relazione al *Pr.* RAELI (vol. I, n. 271 *g*), pag. 9, nella quale è detto che la Cassazione « compie l'ufficio di vegliare alla custodia dei limiti *di tutti i poteri*, mantenendo fra loro quella divisione che costituisce l'essenza dei governi liberi »; il discorso 6 maggio 1872 del Senatore BORGATTI al Senato; e la *Relaz.* DE JARDINS, nn. 81 e segg. Notevole, però, l'art. 96 della Cost. 26 gennaio 1802: cfr. vol. I, nota 5, a pag. 697 [ora nel vol. VI delle *Opere*, nota 26, a pag. 636].

Vedremo a suo tempo quali sono le leggi, da cui scaturiscono concreti imperativi all'indirizzo degli organi giurisdizionali, e che devono quindi essere da questi osservate (oltre, Capitolo II); qui basti esser giunti ad affermare che la Corte di cassazione ci dà l'esempio tipico di un organo di controllo giuridico incaricato di mantenere nei limiti della legalità una serie di altri organi dello Stato (organi della giurisdizione ordinaria) che alla loro volta hanno l'ufficio di mantenere nei limiti della legalità i privati cittadini.

Alla Corte di cassazione, in quanto si consideri come un organo di controllo giuridico nel senso suddetto, possono essere estese, pur colle riserve richieste dalla profonda diversità di materia, alcune osservazioni, attraverso le quali il Forti (19) ha acutamente fissato il concetto di controllo giuridico nel campo amministrativo, in relazione: *a*) ai suoi caratteri; *b*) alle sue classificazioni.

a) Del concetto generale di controllo giuridico si riscontrano nella Corte di cassazione i seguenti caratteri:

α) La Corte di cassazione ci mostra quella differenziazione di organi e di volontà tra organo controllante (Corte di cassazione) e organi controllati (organi della giurisdizione ordinaria), senza la quale non esiste possibilità pratica di un controllo efficace (20);

β) il controllo della Corte di cassazione presuppone una precedente attività (esercizio della giurisdizione da parte dei giudici di merito) di fronte alla quale esso ha carattere correttivo e consecutivo (21);

γ) i risultati del giudizio logico dell'organo controllante, che accerta la non coincidenza della condotta tenuta dagli organi giurisdizionali coi precetti di condotta ad essi indirizzati, si concretano in una manifestazione di volontà di quest'organo (cassazione) (22).

b) Dei controlli giuridici sono state fatte varie classificazioni (23), in base a criteri diversi; alcune di esse appaiono interessanti anche di fronte alla Corte di cassazione, di cui servono a meglio precisare la posizione costituzionale.

α) Dalla natura degli atti mediante i quali si esercitano, i

---

(19) *Controlli* cit., pag. 609 e segg. Cfr. anche Cammeo, *La competenza della IV Sez.*, n. 22, ove si trovano osservazioni che, sia pure in relazione allo speciale controllo esercitato dalla Corte dei conti, servono a precisare anche il concetto generale di controllo giuridico.

(20) Forti, *Controlli*, n. 2 *a*.

(21) Id., *ib.*, n. 2 *b*.

(22) Id., *ib.*, n. 2 *c*: cfr. Cammeo, *La competenza della IV Sez.*, n. 24.

(23) Forti, *Controlli*, n. 4, pag. 618 e segg.

controlli giuridici si possono distinguere in *giurisdizionali* e *amministrativi*, secondoché si concretino in pronuncie di carattere giurisdizionale (sentenze) o in provvedimenti amministrativi (24). La Corte di cassazione, nella forma ch'essa ha oggi raggiunto, esercita un controllo di natura schiettamente giurisdizionale (25): il significato di questa affermazione sarà meglio determinato in seguito (oltre, n. 77); ma fin d'ora è utile ricordare che molti scrittori tedeschi, mentre hanno posto esattamente in evidenza (Vol. I, n. 177) che la Corte di cassazione nel diritto francese è un organo di controllo giuridico, hanno poi erroneamente dedotto da questa premessa che la Corte di cassazione non è un organo giurisdizionale, quasiché l'ufficio di controllo giuridico non possa esemplificarsi attraverso l'esercizio della giurisdizione. La realtà è invece ben diversa: poiché, se alle sue origini il controllo esercitato sui giudici dall'organo di cassazione poté avere carattere amministrativo (oltre, n. 69), oggi quest'organo esercita la sua funzione sindacatrice attraverso l'attuazione giurisdizionale di concrete volontà di legge concernenti le parti (oltre, n. 72), il che gli consente di sfruttare per il raggiungimento delle sue finalità l'iniziativa dei privati.

β) Dal punto di vista della personalità contro cui sono rivolti, i controlli possono essere distinti in controlli *sulle persone* e in controlli *sugli atti*, secondoché l'atto controllato sia considerato come manifestazione della individuale volontà del funzionario o come manifestazione della volontà dello Stato per mezzo del suo organo (26): il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione appartiene a questa seconda categoria; poiché, quantunque alle origini dell'istituto la cassazione suonasse censura personale del giudice dal quale era stata pronunciata la sentenza cassata (Vol. I, n. 112), oggi il controllo esercitato dalla Corte di cassazione ha per oggetto la sentenza come atto dell'organo giurisdizionale inferiore, e non implica alcun giudizio disciplinare sulla violazione dei doveri d'ufficio da parte dei funzionari giudicanti (oltre, n. 91 *a*).

γ) Dal punto di vista del momento in cui si svolgono, i controlli si distinguono in *preventivi* e *repressivi* (27), e in questo secondo gruppo si può far rientrare il controllo esercitato dalla Corte di cassazione, il quale non mira, come vedremo, a impedire

---

(24) Id., *ib.*, pag. 619.

(25) Il Cammeo, *La competenza della IV Sez.* cit., n. 22 parla infatti del « controllo esercitato in forma e con effetti giurisdizionali... dai tribunali ordinari e specialmente dalla Cassazione ».

(26) Cammeo, *Comm.*, I, n. 63, nota 2, e n. 66; Forti, *Controlli*, n. 6.

(27) Cammeo, *Comm.*, I, n. 67; Forti, *Controlli*, n. 7.

che acquisti forza di giudicato una pronuncia viziata da violazione di legge, ma interviene solamente quando l'atto giurisdizionale è già perfetto, per ritogliere vigore alla sentenza difettosa, già passata in giudicato (oltre, n. 98).

9, — Delineata così la figura della Corte di cassazione come quella di un organo di controllo giuridico sull'attività degli organi giurisdizionali, possiamo meglio comprendere tutta la inesattezza di certe « frasi fatte » colle quali la dottrina ha creduto finora di definire gli scopi e i caratteri del nostro istituto.

Se prendiamo, per citare ad esempio uno tra gli scrittori più autorevoli in materia, il PISANELLI, che fu in Italia, nel periodo della unificazione, il più sapiente assertore del sistema della Cassazione, e che scrisse a più riprese su questo istituto pagine tuttora fondamentali (28), troviamo adottata da lui questa formula: « L'attuazione del diritto: ecco l'oggetto generale della Cassazione » (29). Ma la insufficienza di questa formula a definire con precisione lo scopo per cui l'istituto si distingue da tutti gli altri organi giurisdizionali, appar manifesta, quando si pensi che essa, invece di essere ristretta alla sola Corte di cassazione, può benissimo essere adoperata a designare lo scopo del processo civile in genere, consistente appunto, secondo autorevoli insegnamenti, nell' « attuazione della legge » (30), cioè nell'attuazione del diritto obiettivo.

Un esempio anche più eloquente di questa indeterminatezza di idee si può trovare in una proposizione che si ripete anche oggi come canone dell'istituto, quando si dice che la Corte di cassazione è istituita « nell'interesse pubblico » (31). Questa proposizione, la quale crede di mettere in evidenza una proprietà peculiare della Corte di cassazione, per cui questa si differenzierebbe dagli altri tribunali, avrebbe un significato qualora la dottrina fosse concorde nell'ammettere che l'amministrazione della giustizia civile funziona esclusivamente nell'interesse dei privati. Ma oggi questa tradizionale concezione privatistica del processo civile sembra definitivamente superata; e se alcuni autori insegnano che il processo civile

---

(28) *Comm.* IV, nn. MCCXCI-MCCCV; *Relazione*, nn. 385-403 (ed. GIANZANA); *Della Corte di cassazione* (pubbl. nel 1875).

(29) *Comm.* IV, n. MCCXCI.

(30) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 68.

(31) HENRION DE PANSEY, *Autorité judiciaire*, cap. XXXI, sez. X; PISANELLI, *Comm.*, IV, n. MCCXCII; lo stesso anche in scrittori recentissimi, quali FERRONE, *Processo civile*, pag. 35-37; JAPIOT, *Traité*, pag. 285.

ha due scopi, uno immediato, che è la difesa dei diritti subiettivi dei privati, e uno mediato, che è l'attuazione del diritto obiettivo nelle sue volontà concrete (32), altri arrivano addirittura, come si è accennato (retro, n. 7 *a;* più ampiamente, oltre, n. 50), a ritenere che lo scopo immediato e prevalente del processo civile sia il secondo e che, dal suo raggiungimento nel pubblico interesse, la soddisfazione dell'interesse privato derivi soltanto come conseguenza. Ciò posto, se tutti gli organi giurisdizionali funzionano nell'interesse pubblico (o, almeno, ove si accolga la prima delle due opinioni suesposte, *anche* nell'interesse pubblico), come si potrebbe considerare questa come una caratteristica propria della Cassazione? Né si dica che mentre i tribunali ordinari servono contemporaneamente all'interesse pubblico e all'interesse privato, la Corte di cassazione tralascia ogni considerazione desunta dall'interesse privato, e si cura *unicamente* di appagare l'interesse pubblico: vedremo infatti che proprio la Corte di cassazione, per giungere a sodisfare il suo scopo istituzionale, serve all'interesse privato dei ricorrenti, i quali vengono così a farsi inconsciamente strumenti dell'interesse pubblico (oltre, Capit. VI).

Dobbiamo dunque concludere che quando si afferma che la Corte di cassazione è istituita nell'interesse pubblico, si dice cosa vera, ma insignificante al fine di una precisa determinazione dell'istituto. La Corte di cassazione serve a un interesse pubblico, come a un interesse pubblico serve tutto il processo e quindi tutti gli organi giurisdizionali: quel che importa stabilire è, invece, che l'interesse pubblico al quale serve la Cassazione, *non è lo stesso interesse pubblico al quale servono gli altri tribunali,* poiché il bene che lo Stato si propone di raggiungere attraverso la Cassazione non è uguale al bene che lo Stato si propone di raggiungere attraverso gli altri tribunali (33). Stabilire in che consista la differenza tra questi due interessi pubblici, sarà tema dei capitoli che seguono.

---

(32) Cfr. SIMONCELLI, *Diritto giudiziario* (1903-1904), pag. 8; CAMMEO, *Lezioni di proc. civ.* (Padova, 1908), pag. 29.

(33) PISANELLI, *Discorso tenuto alla Camera dei Deputati* il 20 febbraio 1865 (Atti, Legisl. VIII,Sess. II, 3° per., pag. 4747): « Che vi prova ciò, o signori? Che questo giudizio [di cassazione] esprimeva un bisogno diverso e distinto da quello che non fosse il rendere giustizia ai litiganti... ».

Capitolo II

ULTERIORE DETERMINAZIONE DI QUESTO CONCETTO: A) LA CORTE DI CASSAZIONE COME ORGANO DI CONTROLLO POSTO A DIFESA DEL DIRITTO OBIETTIVO (NOMOFILACHIA)

Sommario: 10. In qual modo il giudice possa, nel corso del processo, violare la legge non eseguendo i concreti imperativi che da essa scaturiscono al suo indirizzo. — 11. Natura dichiarativa della sentenza civile e analisi del procedimento logico attraverso il quale si compie il giudizio. — 12. Diverse conseguenze: *a*) degli *errores in procedendo; b*) degli *errores iuris in iudicando* commessi dal giudice. — 13. Come gli *errores in procedendo* sfuggano al controllo della Cassazione, se non hanno speciale gravità processuale. — 14. Il criterio in base al quale il controllo della Cassazione è limitato agli *errores iuris in iudicando* non è desunto da considerazioni relative alla *giustizia* del giudicato: esclusione dal controllo della Cassazione degli *errores facti in iudicando*. — 15. Da che deriva la importanza del precetto che fa obbligo al giudice di giudicare *secundum ius*: osservazioni del Kleinfeller ed ulteriori osservazioni. — 16. Questo precetto ha carattere costituzionale, perchè determina i limiti della funzione giurisdizionale. — 17. Varie classificazioni storiche degli *errores in iudicando*: *a*) diritto romano; *b*) diritto comune; *c*) diritto francese. — 18. Critica delle medesime. — 19. Carattere di organo costituzionale che ha anche oggi la Corte di cassazione: suo significato di fronte alle dottrine del « diritto libero ».

10. — Se la Corte di cassazione è istituita per mantenere la esatta osservanza delle leggi per parte degli organi giurisdizionali (retro, n. 8), e se d'altro lato i concreti imperativi nascenti dalle norme giuridiche non possono essere osservati (eseguiti) che dai loro diretti destinatari, par che si debba dedurre da queste premesse che le sole norme giuridiche, per mantenere le quali la Corte di cassazione è istituita, siano quelle di diritto processuale e di ordinamento giudiziario: imperocchè il giudice, come tale, può essere destinatario e quindi trasgressore dei precetti nascenti da queste categorie di norme, ma non può essere mai, come tale, destinatario né trasgressore delle concrete volontà nascenti dal diritto

privato sostanziale (retro, nn. 5 e 7) (1). Per valutare la attendibilità di questa deduzione, la quale sembra smentita nel modo più reciso dal funzionamento pratico della Corte di cassazione, che ogni giorno annulla qualche sentenza per violazione di leggi sostanziali, occorre brevemente fermarci ad analizzare come si svolge nel processo l'attività del giudice e come il diritto interviene a regolare queste attività.

Sappiamo per nozione elementare, che avremo occasione di approfondire in seguito (oltre, nn. 78 e seguenti), che il processo è formato da una serie di atti che i soggetti del rapporto processuale (giudice e parti) devono compiere secondo le modalità stabilite dal diritto. L'attività che il giudice svolge nell'esercizio della sua funzione non è dunque sciolta da qualsiasi vincolo, perché lo Stato ha preventivamente regolato come sono formati e in che sfera di attribuzioni possono agire gli organi della giurisdizione (ordinamento giudiziario) e come deve svolgersi nel processo la condotta del giudice e delle parti (diritto processuale); talché il giudice, quando è investito della cognizione di una lite, trova che da una serie di astratte norme di diritto pubblico scaturiscono al suo indirizzo altrettanti imperativi concreti che gli prescrivono come deve comportarsi per giungere alla sentenza in quel determinato processo (2).

Le attività che il giudice, dall'inizio del procedimento deve compiere attraverso la fase istruttoria per raccogliere i materiali di decisione, hanno il carattere di attività esteriori, la cui esistenza si rivela materialmente; quando invece il giudice, raccolti gli elementi che dovrà valutare nella fase decisoria, si dispone a trarre da essi la sua decisione, egli deve svolgere nel suo pensiero una serie di attività meramente intellettuali ed interne, che costituiscono nel loro concatenamento logico il momento caratteristico della sua funzione, cioè il *giudizio*, il cui resultato sarà poi espresso in quell'atto esterno, conclusivo del processo, che è la sentenza.

Tanto in occasione degli atti esteriori *in procedendo*, quanto in occasione delle attività logiche *in iudicando* scaturiscono dalle leggi giudiziarie all'indirizzo del giudice dei concreti precetti giuridici che mirano a disciplinare la sua condotta non solo nelle contingenze materiali del procedimento, ma finanche nella struttura e nella successione dei ragionamenti attraverso i quali egli compie il

(1) Cfr. BINDING, *Normen*, I, pag. 15 e segg.; pag. 292 e segg.; BELING, *Revision wegen « Verletzung eines Rechtsnorm über das Verfahren »*, pag. 130-135; e il mio scritto *Distinzione*, ecc., n. 1.

(2) *Distinzione*, cit., n. 3.

suo giudizio: questi precetti giuridici, in sè considerati, o che mirino a disciplinare la condotta esterna del giudice, o che mirino invece a disciplinare la sua attività logica, hanno natura identica, poichè gli uni e gli altri prescrivono al giudice un determinato comportamento; ma a chi consideri invece la natura profondamente disforme della attività che questi due gruppi di precetti mirano a regolare, appare evidente la assoluta diversità dell'effetto che essi tendono a produrre nei due casi. Nel primo caso, infatti, il giudice si trova dinanzi a un precetto giuridico che gli prescrive di *agire* in un determinato modo; nel secondo caso, invece il precetto giuridico, di cui il giudice si trova ad essere destinatario, gli prescrive di *giudicare* in un determinato modo, ossia secondo determinate norme logiche e *giuridiche,* delle quali il giudice deve tener conto nel suo ragionamento: cosicchè, mentre nel primo caso, il dovere giuridico imposto al giudice si esaurisce nel compiere un determinato atto esterno, nel secondo caso l'imperativo rivolto al giudice gli fa obbligo di riferirsi nel giudicare ad ulteriori norme giuridiche diverse da quella da cui è nato l'imperativo stesso. Per intendere quali relazioni passino in questo secondo caso tra la condotta del giudice e le norme giuridiche delle quali egli deve tener conto nel suo giudizio, è necessario, però, avere una chiara idea del procedimento logico attraverso il quale nasce la sentenza del giudice e dell'effetto che essa produce nel rapporto sostanziale controverso.

11. — Il punto essenziale al quale può in ultima analisi ridursi ogni controversia è, costantemente, il seguente: « se sia nata o non sia nata nel mondo giuridico una certa concreta volontà di legge, di cui sia destinatario l'uno o l'altro dei soggetti del rapporto controverso ». La causa necessaria e sufficiente d'ogni processo civile è dunque in ogni caso la stessa: la incertezza o il dissidio sulla esistenza di una *concreta* volontà di legge, sorto fra i soggetti del rapporto che vien perciò sottoposto alla decisione del giudice, e il giudice, in ogni caso, viene chiamato nella fase di cognizione ad accertare se e come esiste questo, già concretato e specializzato, imperativo giuridico all'indirizzo dell'uno o dell'altro dei litiganti. Da quanto fu già scritto sul modo con cui si formano dalle astratte norme giuridiche le concrete volontà di legge concernenti determinati destinatarî (3), chiaro risulta che il diritto privato *si applica da sè,* senza l'intervento del giudice,

(3) Cfr. i miei scritti *Distinzione,* ecc., n. 3; *Limiti,* ecc., n. 3.

ossia scende esso stesso, senza bisogno d'intermediario, a regolare in concreto la vita pratica dei consociati, specializzandosi di volta in volta in tanti singoli precetti limitati ad un individualizzato rapporto di fatto. Talchè il giudice non è chiamato, come inesattamente si dice, ad applicare la legge, a specializzare la norma, ma semplicemente a dichiarare se e come la legge si è per virtù propria applicata, ad accertare se e come la norma, trovandosi a contatto con una certa fattispecie concreta, si è da sè specializzata prima del processo.

Ora, se il diritto — invece di essere una astrazione dell'intelletto, la quale scende, sì, e potentemente opera nella vita pratica, ma visibilmente non apparisce ai sensi fisici se non nei suoi effetti — fosse qualcosa di materiale e di tangibile non pur nella statica catalogazione dei Codici, ma anche nel suo dinamico contatto coi rapporti del commercio umano; se quella specie di « atmosfera giuridica » (4) in che sta immersa tutta la nostra società potesse rivelare in modo a tutti sensibile il continuo formarsi, in un coi fatti, delle infinite concrete volontà di legge scaturenti dalle norme astratte, l'ufficio del giudice si ridurrebbe a nient'altro che alla registrazione di un fatto materiale: cioè alla verificazione della nascita nel mondo esteriore di quella concreta volontà di legge di cui le parti contendono. Senonchè, questo diretto ed immediato intervento del diritto nei rapporti della vita pratica, se non può negarsi dal momento che assistiamo normalmente allo spontaneo conformarsi della condotta degli individui alle regole giuridiche, è realtà non esteriore e percepibile coi sensi, ma puramente intellettuale e deducibile per via di ragionamento. Se Tizio, nella vita pratica, agisce in un modo piuttosto che in un altro perché un imperativo giuridico a lui direttamente lo impone, ciò non accade perchè Tizio abbia la percezione materiale dell'imperativo stesso, perchè oda la voce della legge che gli parli, o ne legga in un preciso documento la concreta ingiunzione specializzata; Tizio, al contrario, della concreta volontà di legge che lo concerne ha nozione per via indiretta, in quanto — sapendo da una parte che una norma astratta, per la ipotesi del verificarsi di una certa fattispecie, contiene in anticipo una certa dichiarazione di volontà, e dall'altra sapendo che la fattispecie ipotizzata dalla norma si è verificata in concreto — deduce in conclusione che la volontà della legge si è specializzata verso di lui, imponendogli

---

(4) Cfr. *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, n. 8. Cfr. il bellissimo discorso del POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, pag. 160.

individualmente di tenere una determinata condotta: non potendo verificare direttamente se la volontà concreta di legge esiste, Tizio rileva che esiste quella coincidenza tra la fattispecie legale e la fattispecie concreta che sempre dà luogo al concretarsi dell'imperativo giuridico, e in tal modo viene a rilevare, per via mediata ma sicura, l'esistenza dell'imperativo stesso.

Non diversamente si comporta il giudice, quando è chiamato a fare quella « verificazione di una concreta volontà di legge » che normalmente il privato compie da sè. Quello che al giudice importa di stabilire, l'oggetto ultimo e definitivo della sua indagine, è unicamente la volontà di legge già concreta, già specializzata: ma siccome questa volontà non è un evento materiale che si possa osservare separatamente, il giudice è costretto a risalire ai precedenti di essa che hanno invece esistenza esteriore, e ad indagare se si sono prodotte nel passato quelle circostanze dalle quali la volontà concreta dev'essere necessariamente nata. Il giudice non accerta l'esistenza di queste circostanze allo scopo di *costituire* l'effetto giuridico che da esse deriva, ma allo scopo di *dichiarare* che questo effetto giuridico si è già prodotto come immediata conseguenza delle circostanze stesse: ed a lui non importa accertare che esiste nel Codice una norma astratta di un dato tenore, o che nel mondo materiale si sono svolti certi fatti forniti degli estremi giuridici supposti da questa norma, se non in quanto da questo duplice accertamento deriva l'accertamento, unico rilevante per lo scopo della giurisdizione, di una volontà di legge *concreta*. Se, dunque, assai spesso ad un superficiale osservatore può sembrare che una controversia civile si riduca in sostanza a un dibattito sul significato generico di una norma astratta, o ad un contrasto sull'accertamento storico di un fatto materiale, in realtà la sentenza del giudice non ha nè lo scopo di interpretare il significato generico delle norme giuridiche, nè quello di determinare incontrovertibilmente come si sono svolti nella realtà i fatti controversi (5); ma solo quello di accertare la esistenza di un concreto imperativo giuridico. Interpretazione di norme, appuramento di fatti, sono mezzi, non fine: sono gli strumenti logici dei quali il giudice deve necessariamente servirsi per arrivare al suo scopo, poiché altra via non gli offre la limitata possibilità umana. Ma se, per assurda ipotesi, qualche via più sbrigativa il giudice potesse trovare per

(5) Cfr. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, n. III: « Ciò che passa in giudicato non è che esista la tal norma astratta, ma, ad esempio, che Tizio debba cento »; e *Principii*, § 78; CAMMEO, *Lezioni di proc. civ.*, pag. 167. Cfr. oltre, n. 24.

giungere subito, in modo diretto ed immediato, a cogliere la volontà giuridica concreta di cui si contende, egli potrebbe fare a meno di interpretar la norma e di apprezzare i fatti, senza che per questo la natura della sua sentenza venisse intrinsecamente a mutare.

12. — Questo cenno schematico sul carattere dichiarativo della sentenza, ci permette ora di cogliere con maggior facilità la diversa importanza che hanno i precetti giuridici indirizzati al giudice secondoché regolino la sua attività *in procedendo* o la sua attività *in iudicando*.

a) Durante il procedimento, il coincidere delle circostanze attraverso le quali si forma e si svolge il rapporto processuale colle fattispecie ipotizzate dalle norme di diritto giudiziario, fa diventare di volta in volta concrete, all'indirizzo del giudice o delle parti, le volontà astratte contenute in queste norme (6): talché il giudice e le parti sono, durante il corso del processo, continuamente guidati da questo succedersi di minuziose prescrizioni processuali che tracciano fin nei particolari lo svolgimento della loro condotta. Se ci fermiamo ora a considerare il rapporto che passa tra il giudice e uno di questi concreti imperativi, dinanzi ai quali egli si trova successivamente durante il procedimento, vediamo che la posizione del giudice di fronte alla legge non è qui diversa dalla posizione in cui può trovarsi di fronte alla legge qualsiasi funzionario di Stato investito di un pubblico ufficio che pur non abbia natura giudiziaria, o anche, per dirla più genericamente, qualunque privato cittadino che si trovi ad essere destinatario di una concreta volontà di legge sostanziale: qui si tratta per il giudice, come in altri casi si tratterebbe per il funzionario amministrativo o per il privato cittadino, di *eseguire* la legge, di *agire* secondo la legge; e se il giudice *in procedendo* si sottrae all'adempimento dell'obbligo che gli deriva da qualche prescrizione processuale e incorre in quella trasgressione del diritto che si chiama tipicamente *error in procedendo* (oltre, n. 81), egli commette con questo una « inesecuzione » di legge, perfettamente simile a quella che di fronte ad altre norme giuridiche può essere commessa anche *da chi non sia giudice* (7).

b) Mentre le attività che il giudice deve compiere *in procedendo* sono regolate da un numero grandissimo di norme minuziose, l'at-

(6) Cfr. WACH, *Handbuch*, I, 186; HELLWIG, *Lehrbuch*, II, pag. 162.

(7) Su tutta questa materia cfr. più ampiamente il mio scritto *Distinzione*, citato, specialmente nel n. 4.

tività logica che il giudice deve compiere *in iudicando* è dominata da un'unica norma fondamentale, la quale fa obbligo al giudice di risolvere la lite secondo la legge che regola i rapporti giuridici simili a quello controverso. Questa norma fondamentale, che si trova proclamata ripetutamente dagli antichi legislatori (vol. I, nn. 50, 79) e che è espressamente accolta in qualche moderna legge di ordinamento giudiziario (8), è sottintesa nel nostro diritto positivo (9); ma da tutto il nostro ordinamento costituzionale resulta che anche da noi essa forma la base e la giustificazione del potere del giudice, il quale, tutte le volte in cui deve decidere una controversia, si trova dinanzi al concreto imperativo, con cui essa gli comanda: *Iudex, iudicando iudica secundum ius* (10). Questo imperativo, al quale il giudice deve conformare tutta intera la sua attività logica di decisione, gli impone non già di *eseguire* la norma di legge, secondo la quale egli deve giudicare, perché da essa nessun precetto scaturisce all'indirizzo del giudice, ma di porre questa norma come premessa maggiore del sillogismo che costituisce l'ossatura del suo giudizio logico, allo scopo di dedurre quali concrete volontà giuridiche siano nate da essa all'indirizzo dei soggetti del rapporto giuridico controverso (parti in causa). Ora, se il giudice non esegue il precetto di giudicare *secundum ius*, di cui egli è destinatario, non si può dire che con questo egli violi (nel senso di « non esegua ») anche la norma di legge che egli avrebbe dovuto porre a base della sua decisione, perché, come si è ripetuto più volte, una norma non può essere osservata o violata che dal suo destinatario (11); tuttavia si deve d'altra parte riconoscere che questa sua violazione *in iudicando* del precetto che gli impone di decidere la lite secondo una data norma di legge appropriata al caso controverso, si ripercuote indirettamente anche su questa norma, poiché il giudice, omettendo di scegliere come premessa del

---

(8) *GVG* germanica 20 maggio 1898, § 1: *Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetze unterworfene Gerichte ausgeübt.*

(9) Cfr. Covello (L.), *De' moderni metodi di interpretazione della legge*, pag. 21; Donati (D.), *Il problema delle lacune*, pag. 2 (ove afferma che uno dei principî cardinali della funzione giurisdizionale nel nostro ordinamento è quello *della fedeltà del giudice alla legge*); Ferrara, *Potere del legislatore e funzione del giudice*. L'esistenza di questa norma fondamentale si deduce di solito dall'articolo 73 dello Statuto, dall'art. 10 LOG che richiede ai giudici di giurare « di osservare legalmente lo Statuto e le altre leggi dello Stato » e dalla stessa esistenza dell'istituto della Cassazione (Chiovenda, *Principii*, § 18, II, *b*). Cfr. oltre, n. 19.

(10) Beling, *Revision*, cit., pag. 131-134.

(11) Cfr. Beling, *Revision*, pag. 129-131; Hellwig, *Lehrbuch*, II, § 92, I, n. 2 e segg., *System*, § 31, II.

suo sillogismo la norma che avrebbe avuto obbligo di scegliere, viene a negare la sanzione giurisdizionale a quelle concrete volontà di legge che da questa norma sono nate all'indirizzo dei soggetti del rapporto giuridico controverso, e che, per la mancata loro dichiarazione giudiziaria, restano definitivamente ineseguite. Così, in questo caso, la mancata esecuzione da parte del giudice del precetto che a lui fa obbligo di giudicare *secundum ius,* ha come conseguenza la non coincidenza della concreta volontà dichiarata dalla sentenza colla concreta volontà effettivamente nata dalla legge, e quindi la impossibilità per quest'ultima di farsi valere coattivamente contro la trasgressione dei suoi destinatarî.

In questo caso la originaria inesecuzione di legge commessa dal giudice ha, dunque, delle conseguenze che nel caso *sub a* non aveva: qui la inosservanza della legge processuale da parte del giudice viene a togliere alla legge sostanziale la possibilità di farsi valere nelle sue concrete volontà per mezzo della coazione giurisdizionale; ed è chiaro che questo indiretto ripercuotersi sulla legge sostanziale della inesecuzione processuale commessa dal giudice è una conseguenza propria della stessa funzione giurisdizionale, poiché soltanto al giudice lo Stato commette il potere di dichiarare con forza incontrovertibile le volontà concrete del diritto. Onde, mentre il semplice *error in procedendo* è una inesecuzione della legge simile a quella che chiunque, anche non giudice, può commettere, questa speciale inesecuzione dell'obbligo di giudicare *secundum ius,* che si può chiamare *error iuris in iudicando,* è tale che non può essere commessa se non da chi si trovi di fronte alla legge in quella singolare situazione in cui per suo ufficio si trova il giudice (12).

13. — Vedremo più avanti, studiando la teoria dei motivi di cassazione, che il controllo giuridico che la Corte di cassazione esercita sulle attività *in procedendo* del giudice e delle parti è molto meno rigoroso di quello che esercita sulla attività del giudice *in iudicando.* Anzi, per esser più esatti, non si può dire neppure che sullo svolgimento degli atti processuali esteriori la Corte di cassazione eserciti un vero e proprio controllo giuridico, nel senso di verificare che *tutte* le concrete volontà di diritto processuale siano fedelmente osservate e di reprimere *qualunque* inesecuzione delle medesime: in realtà, non tutti gli *errores in procedendo* commessi nel giudizio di merito possono dar luogo a cassazione, ma solamente alcuni, tassativamente enumerati dall'art. 517 CPC., che

(12) Cfr. *Distinzione,* cit., n. 5.

più gravemente intaccano la regolarità della costruzione processuale (oltre, n. 100): sicché in questa materia non si può dire che la Corte di cassazione sia istituita per far prevalere in ogni caso la volontà del diritto contro la trasgressione del giudice, quando essa si limita a rilevare, in base a criteri processuali e non politici, solo quei pochissimi *errores in procedendo* che la legge considera cause di annullabilità del giudicato, lasciando senza controllo tutti gli altri *errores in procedendo* che, pur non essendo cause di annullabilità del giudicato, sono tuttavia vere e proprie violazioni di legge processuale.

Se il sindacato della Corte di cassazione fosse limitato a quei pochi casi di *errores in procedendo* che il nostro diritto processuale considera come motivi di annullabilità della sentenza, non si potrebbe dire davvero che la Corte di cassazione sia istituita « per mantenere la esatta osservanza delle leggi », poiché la maggior parte delle inesecuzioni di legge commesse *in procedendo* dal giudice sfuggirebbero al suo controllo. La formula adoprata dall'articolo 122 LOG appare invece ricca di contenuto, quando si consideri che il controllo giuridico della Cassazione si esercita non sulle semplici inesecuzioni di legge processuale (*errores in procedendo*), simili a quelle inesecuzioni di legge che qualunque altra persona, anche non giudice, è nella possibilità di commettere, ma sulle inesecuzioni di quello speciale precetto di giudicare *secundum ius* (*errores iuris in iudicando*), la cui trasgressione, che solo il giudice può commettere, è capace di ripercuotersi con pericolose conseguenze sulla osservanza della legge sostanziale da parte dei privati cittadini (retro, n. 12 *b*).

Per tal modo la locuzione dell'art. 122 suaccennato, che già, facendo un primo passo verso la più precisa definizione del nostro istituto, abbiamo cominciato a integrare (retro, n. 8), deve essere ora ulteriormente interpretata in questo senso : che la Corte di cassazione debba intendersi « istituita per mantenere la esatta osservanza da parte degli organi giurisdizionali di quella norma che ad essi prescrive di decidere secondo la legge le controversie affidate al loro giudizio ». Da questa formula ci è dato intravedere fin d'ora come la Corte di cassazione, pur essendo un organo di controllo sui giudici e non sui privati cittadini, possa peraltro potentemente contribuire, richiamando il giudice al suo dovere di giudicare *secundum ius*, a riaffermare anche sugli stessi consociati l'autorità della legge sostanziale, da cui scaturiscono concreti imperativi all'indirizzo dei privati e non all'indirizzo del giudice.

14. — Qualora, ciò premesso, si voglia spiegare per qual ragione la Corte di cassazione limita il suo controllo a quella speciale categoria di violazioni di legge commesse dal giudice, che ho chiamate *errores iuris in iudicando,* pare che la spiegazione più naturale ci sia suggerita dal considerare che le violazioni di legge comprese in questa categoria rivestono assai maggior gravità dei semplici *errores in procedendo,* quando siano poste in relazione al raggiungimento dello scopo proprio della funzione giurisdizionale: se, infatti, i tribunali sono istituiti per attuare il diritto obiettivo nelle sue volontà concrete, il conseguimento pratico di questa finalità, che non è necessariamente impedito da qualsiasi *error in procedendo* commesso durante lo svolgersi del procedimento (poiché non è detto che ogni irregolarità formale degli atti processuali debba ripercuotersi sul contenuto della sentenza), è invece reso impossibile in tutti i casi in cui il giudice si sottragga al suo obbligo di applicare la legge *in iudicando,* perché sempre la violazione di questo obbligo (retro, n. 12 *b*) porta con sé la proclamazione giurisdizionale di una volontà che *non è* la concreta volontà della legge, ossia, il che equivale, la ingiustizia della sentenza nel suo dispositivo.

Parrebbe dunque che il criterio posto a base del controllo giuridico esercitato dalla Cassazione dovesse essere questo: di distinguere, fra le inesecuzioni di legge che il giudice può commettere, quelle che producono come necessaria conseguenza la *ingiustizia* della sentenza (erronea dichiarazione di una concreta volontà di legge: *errores in iudicando*) da quelle che non la producono necessariamente (inesecuzione di regole processuali nel corso del procedimento: *errores in procedendo*), e di limitare il sindacato alle prime, data la maggior gravità delle loro conseguenze. Senonché questo criterio si manifesta fallace, ove si osservi che, se qualunque violazione commessa dal giudice del suo dovere di giudicare *secundum ius* ha necessariamente l'effetto di una sentenza ingiusta nel dispositivo, non è vero l'inverso, poiché non tutte le sentenze ingiuste sono la conseguenza della violazione di un siffatto dovere. Invero, il procedimento logico attraverso il quale il giudice perviene alla sua sentenza non si limita alla risoluzione *secundum ius* di una questione di diritto, ma comprende anche un accertamento di mero fatto delle circostanze concrete attraverso le quali si è svolto il rapporto giuridico controverso; ora, se pure nell'attività logica che il giudice deve compiere per l'accertamento del fatto, qualche precetto di diritto probatorio interviene talvolta a regolare la sua valutazione (sistema della *prova legale*: oltre, n. 107), di solito questa fase del suo giudizio è rilasciata al suo libero

apprezzamento razionale: onde può darsi il caso che il giudice, cadendo in un errore di valutazione del materiale probatorio posto a sua disposizione, ritenga per vero un fatto inesistente o per inesistente un fatto vero, senza che per questo egli sia incorso nella inesecuzione di un precetto giuridico a lui indirizzato (13). Nasce così la possibilità di un errore di giudizio che, senza essere una violazione di legge (*error facti in iudicando*), è capace però di produrre sulla conclusione della sentenza quella stessa grave conseguenza che sempre vi produce la mancata osservanza da parte del giudice dell'obbligo di giudicare *secundum ius* (*error iuris in iudicando*: retro, n. 12 *b*); o che il giudice non applichi a un fatto esistente la norma giuridica che a questo sarebbe appropriata, o che applichi a un fatto inesistente la norma giuridica che sarebbe appropriata qualora il fatto fosse vero, nell'un caso e nell'altro l'effetto è sempre il medesimo: la dichiarazione giurisdizionale di una concreta volontà che non coincide colla effettiva volontà della legge (sentenza *ingiusta*) (14).

Se la genesi logica della pronuncia giurisdizionale si può schematizzare in un sillogismo, di cui sia *propositio maior* la norma giuridica astratta, *propositio minor* l'affermazione del fatto giuridicamente qualificato, e conclusione l'affermazione dell'esistenza di una concreta volontà di legge (15), è intuitivo che, per lo stesso congegno logico del sillogismo, la conclusione non potrà esser corretta se non quando siano state correttamente formulate ambedue le premesse: talché, se la gravità dell'errore si vuol desumere soltanto dalla gravità dei suoi effetti sulla conclusione, non vale distinguere gli *errores in iudicando* secondo la loro sede (errori intervenuti nella premessa maggiore e errori intervenuti nella premessa minore), o secondo la loro natura (*errores iuris* ed *errores facti*), poiché tutti quanti hanno sulla sentenza effetti assolutamente simili.

Ciò posto, se la Corte di cassazione fosse istituita per reprimere quegli errori di giudizio del giudice che producono come conseguenza una erronea dichiarazione della concreta volontà della legge

---

(13) Cfr. CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'err. in iud.*, pag. 806; BELING, *Revision*, pag. 126-127.

(14) Cfr. CHIOVENDA, in *Saggi*, pag. 315; e *Principii*, pag. 1024 in principio.

(15) E' noto che in realtà la sentenza non nasce da un solo sillogismo, ma da una serie di sillogismi concatenati di cui non tutte le premesse maggiori sono norme giuridiche: cfr. MENESTRINA, *La pregiudiciale*, pag. 32; il mio scritto *Genesi logica della sentenza civile;* e CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'err. in iud. in Corte di cassazione.*

(sentenza ingiusta), il suo controllo dovrebbe estendersi, come dimostrano le cose dette, su tutti gli *errores in iudicando*, anche se intervenuti nella risoluzione della questione di fatto: ma siccome è canone fondamentale dell'istituto che l'errore di fatto *in iudicando* non è motivo di ricorso in Cassazione (vol. I, n. 182; ed oltre, nn. 103-105), così bisogna concludere che il criterio, in base al quale la Corte di cassazione limita il suo controllo alle sole violazioni commesse dal giudice del suo dovere di giudicare *secundum ius*, non è desunto dalla considerazione degli effetti che questa violazione possa avere sul contenuto della sentenza, ma da considerazioni relative alla importanza intrinseca del precetto che impone al giudice di giudicare *secundum ius*, in virtù della quale le violazioni di questo precetto sono considerate più gravi non solo dei semplici *errores in procedendo*, ma anche di quella categoria di *errores in iudicando* in cui il giudice sia incorso nella risoluzione della questione di fatto (16). Occorre pertanto porre il problema in

---

(16) È curioso notare come questo ragionamento, che serve a far comprendere la profonda differenza dello scopo per cui è istituita la Corte di cassazione dallo scopo per cui sono istituiti i cosiddetti Tribunali di merito, sia stato adoperato dagli oppositori del sistema della cassazione per provare che l'istituto della Cassazione non risponde agli scopi della giustizia, e che, *quindi*, non ha ragione di esistere. In quelle appassionate polemiche che, durante il secolo XIX, hanno in Italia a più riprese diviso i giureconsulti e gli uomini politici in partigiani del sistema della Terza istanza e partigiani del sistema della Cassazione (vol. I, n. 266), uno dei non molto variati argomenti che i primi hanno sempre portato contro i secondi, è stato questo: che il sistema della Cassazione non raggiunge lo scopo per cui funziona l'amministrazione della giustizia, poiché lascia sussistere tutte le sentenze basate su un errore di fatto, le quali non sono meno ingiuste di quelle basate su un errore di diritto, e che, pertanto, è ad esso preferibile il sistema della Terza istanza, perché conduce ad un riesame di tutte le sentenze ingiuste, qualunque sia la causa della loro ingiustizia (Cfr., per limitarsi ai più antichi, CAPONE, *Discorso sopra la storia delle leggi patrie*, II, pag. 44, e pag. 173 e segg.; CONZO, *Intorno alla cosa irrevocabilmente giudicata*, specialmente pag. 10 e segg.; SALA, *Osservazioni critiche sulla istituzione del Tribunale di cassazione* in « Mon. Trib. », Milano, 1860, pag. 980 e nota 11). Ma questa argomentazione è basata, evidentemente, sopra un sofisma: imperocché dai sostenitori della Cassazione non si nega che l'istituto, qualora fosse stato creato per raggiungere gli stessi fini che si propongono gli altri Tribunali, sarebbe inidoneo al suo scopo, ma si afferma che, appunto perché i fini che il sistema della Cassazione si propone di raggiungere sono diversi da quelli dei Tribunali ordinari, si deve apprezzare questo sistema, in relazione agli scopi cui esso serve, con criterî diversi da quelli con cui si misura la bontà delle ordinarie istituzioni giudiziarie.

Il ragionamento dei sostenitori della Terza istanza non ha neanche il pregio della novità: poiché, molti secoli prima che s'accendesse nella dottrina la po-

quest'altro modo: ricercare quali sono le ragioni della speciale importanza intrinseca, superiore a quella di tutte le altre norme processuali, attribuita dallo Stato al precetto che fa obbligo al giudice di decidere secondo la legge le controversie affidate al suo giudizio.

15. — L'importanza del precetto che fa obbligo al giudice di osservare la legge per risolvere *in iudicando* le questioni di diritto, è stata analizzata dal KLEINFELLER (17), il quale giustamente ritiene il precetto stesso come il principio fondamentale della funzione giurisdizionale nei nostri ordinamenti. Se ogni norma giuridica contiene un comando — osserva il KLEINFELLER — la norma non può esser variata se non da chi sia fornito di un potere di comando (*Befehlsgewalt*) generale come quello nella norma stessa contenuto; ma il giudice, finché resta giudice, è chiamato soltanto a dare decisioni su singoli casi concreti, e quindi, anche se gli si riconosce un potere di comando, si tratta sempre di un potere che si deve esplicare caso per caso, nel rilascio di imperativi limitati a una determinata specie. Da ciò consegue, che se il giudice si vuol servire soltanto dei poteri che gli derivano dalla sua funzione, non può mai, colla sua limitata facoltà di comandare in concreto, distruggere l'imperativo della legge che comanda in astratto: ammettere che il giudice possa giudicare *contra legem* equivale pertanto a consentire al giudice poteri assolutamente estranei alla funzione giurisdizionale (18). Alla stessa conclusione il surricordato processualista giunge partendo da altre premesse: è canone fondamentale del nostro processo, egli dice, la massima « *ne eat iudex ultra petita partium* »; ma se il giudice potesse decidere *contra legem*, egli con questo contravverrebbe a tale mas-

---

lemica sulla Cassazione, un nostro sommo giurista, l'ABATE PALERMITANO, aveva notato che la distinzione romana tra sentenza *contra ius constitutionis* e sentenza *contra ius litigatoris* si presta alla critica, « *cum omnis sententia contra ius litigatoris sit contra ius commune, cum ius commune mandet iustam sententiam ferri* » (ad c. 13, X, *de sent. et re iud.*, II, 27, n. 9). In realtà, però, questa distinzione romana, che il PALERMITANO criticava, può essere intesa soltanto da chi risalga a quegli speciali scopi politici in vista dei quali essa fu adottata: per ragioni analoghe chi voglia rendersi conto del sistema della Cassazione dovrà ricercare quali sono gli speciali motivi per cui, tra gli *errores in iudicando* commessi dal giudice, quelli di diritto sembrano allo Stato, da un certo punto di vista, assai più gravi di quelli di fatto.

(17) *Gesetzgebung und Rechtsprechung*, pag. 199; cfr. anche JHERING, *Évolution du droit*, nn. 171 e segg.

(18) Scritto cit., pag. 202-203.

sima, perché le parti chiedono al giudice di esercitare la sua funzione sul solo caso controverso, senza mettere in discussione la legge che ha in potenza una portata generale ed astratta (19). Inoltre, anche dal punto di vista della convenienza pratica, non sarebbe assolutamente consigliabile di riconoscere al giudice la potestà di variare la legge, perché questo riconoscimento distruggerebbe in modo irreparabile la certezza del diritto (20).

A queste osservazioni del KLEINFELLER si può aggiungere qualche altra considerazione, la quale serve a confermare, se pur ve ne fosse bisogno, che veramente il principio, secondo il quale il giudice non può esimersi dal prendere come premessa maggiore del suo sillogismo la norma giuridica, è inseparabile dalla moderna concezione della funzione giurisdizionale.

a) Quando si dice che nella sentenza è contenuto un comando, un atto di volontà, il quale dà un carattere di proclamazione ufficiale alla decisione del giudice e la diversifica dalla semplice conclusione logica di un ragionamento giuridico che qualunque privato può compiere (21), si intende dire non già che il giudice abbia un potere di comando autonomo, ma che il giudice può, nella sua sentenza, formulare di volta in volta quale imperativo concreto è nato, per il verificarsi della fattispecie controversa, dall'imperativo astratto contenuto nella legge. Il potere di comando dell'organo giudicante non è dunque altro che una conseguenza, una specializzazione del comando insito nella norma giuridica: il giudice vuole in concreto, in quanto la legge vuole in astratto per una serie indefinita di casi tra i quali rientra anche quello attualmente controverso; ma il giudice non può volere quando la legge non vuole, perché, se il suo potere di comando è un effetto del comando contenuto nella legge, non può l'effetto prodursi se viene a mancare la causa. In teoria, pertanto, il giudice mantiene il suo potere di comandare in nome dello Stato solamente finché giudica *secundum legem*.

b) La scienza processuale moderna considera come còmpito caratteristico della sentenza quello di accertare la esistenza di concrete volontà di legge già nate prima della decisione. Questo carattere cosiddetto *dichiarativo* della sentenza (22), che è una conseguenza del modo con cui operano nelle relazioni pratiche della umana so-

---

(19) Scritto cit., pag. 203-204.

(20) Scritto cit., pag. 205-209.

(21) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 157 e gli Autori citati ivi, in nota 2; e pag. 909.

(22) Cfr. il mio scritto *Limiti*, ecc., n. 1; e nei casi di sentenze cosiddette costitutive, ivi, nn. 9-10.

cietà le norme giuridiche (retro, n. 4), non sussisterebbe qualora il giudice non ponesse la legge a premessa del suo sillogismo. I ragionamenti che il giudice compie per giungere a formulare la sua sentenza non sono che gli strumenti di una indagine per così dire *storica,* destinata a ricercare e a registrare qualcosa che già dalla norma giuridica è concretamente nato nel mondo del diritto (retro, n. 11). Ora, se questa indagine che vuol ricostruire eventi già prodottisi nel passato giuridico, mira a raggiungere risultati storicamente fedeli, non è dubbio che il giudice deve prendere come punto di partenza del suo lavoro di ricostruzione quello stesso presupposto dal quale le concrete volontà di legge scaturiscono nella realtà fuori del processo, cioè la norma giuridica (23).

Funzione dichiarativa della sentenza ed obbligo di giudicare secondo la legge sono dunque due termini inseparabili: se questo obbligo non sussistesse, la giurisdizione verrebbe a perdere quello che oggi è ritenuto il suo carattere fondamentale.

16. — Le considerazioni finora esposte si possono, insomma, riassumere in questa ragione unica: che la norma, che fa obbligo al giudice di giudicare secondo la legge, è una norma *di diritto costituzionale* che regola i rapporti fra la funzione giurisdizionale e la funzione legislativa, e che per questo ha importanza assai maggiore di quelle numerose norme processuali che regolano la condotta esterna del giudice nello svolgimento del processo.

E' intuitivo che, se una norma simile a quella contenuta nel § 1 della *GVG* germanica dovesse essere esplicitamente inserita anche in alcuna delle nostre leggi positive, la sede più opportuna per essa sarebbe, se non lo Statuto fondamentale, la Legge sull'ordinamento giudiziario, la quale appunto, insieme con molte norme che hanno il carattere di norme amministrative, contiene alcune norme (cioé quelle che stabiliscono i concetti generali della giurisdizione ordinaria e i rapporti fra questa e le altre funzioni dello Stato) (24) che hanno natura evidentemente costituzionale; e ben a ragione è stato posto in evidenza dal DONATI che la determinazione dei limiti della giurisdizione e della posizione del giudice di fronte alla legge, è problema di diritto costituzionale, strettamente connesso con quello, parimente di diritto costituzionale,

(23) Cfr. quanto con molta chiarezza scrive BRUNETTI, *Sulle dottrine che affermano l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico,* § 5: « Chi giudica non fa che affermare e riconoscere l'esistenza di un rapporto fra due termini di cui il giudizio *presuppone* l'esistenza ».

(24) Così CAMMEO, *Lezioni proc. civ.,* pag. 22.

delle lacune dell'ordinamento giuridico (25). Il carattere costituzionale del principio della « fedeltà del giudice alla legge » serve a spiegare come l'ordinamento pubblico abbia sentito il bisogno di istituire un apposito organo di controllo incaricato di verificarne la osservanza: si è visto che le conseguenze che derivano sul contenuto della sentenza dalla inosservanza di questo principio non sono più gravi di quelle che derivano da un semplice errore di fatto; ma qui lo Stato non si preoccupa tanto delle conseguenze obiettive derivanti da quella inosservanza, quanto della loro origine, per così dire, *anticostituzionale.* Il passaggio in giudicato di una sentenza ingiusta, che proclama come volontà di legge un dispositivo in realtà illegale, è un inconveniente limitato alla singola controversia, quando la ingiustizia deriva da scarsa conoscenza storica di concrete circostanze di fatto, o quando addirittura non sia neppure imputabile al giudice (26); ma l'inconveniente ha ben altra importanza dal punto di vista dell'ordinamento pubblico, quando risulta che l'ingiustizia della sentenza è l'effetto della trasgressione da parte del giudice della norma che a lui fissa, per quello e per tutti i casi futuri, la condizione e il limite del suo potere.

Ciò spiega come, da questo punto di vista, gli *errores in iudicando* assumano gravità diversa, nonostante la identità delle conseguenze sul giudicato, secondochè siano *iuris* o *facti;* considerazioni partenti da un punto di vista analogo possono spiegare altresì come lo Stato non attribuisca ai semplici *errores in procedendo* la stessa gravità che attribuisce agli *errores iuris in iudicando,* quantunque gli uni e gli altri siano, considerati nella loro origine, inesecuzioni da parte del giudice di concreti imperativi giuridici a lui diretti. Si pensi, infatti, che, quando il diritto processuale prescrive al giudice di compiere, durante lo svolgimento del processo, determinate attività, non intende con questo che la scrupolosa osservanza di tali disposizioni sia condizione dell'esercizio della giurisdizione: il giudice, eseguendo o non eseguendo tali prescrizioni, eserciterà la sua funzione con maggiore o minor correttezza, ma non cesserà per questo di essere, costituzionalmente, giudice. Invece, quando lo Stato dà vigore, espressamente o implicitamente, al principio che il giudice deve decidere le controversie *secundum ius,* intende di porre con ciò la condizione *sine qua non,* sotto la quale è affidato al giudice un potere così importante com'è quello

---

(25) Donati D., *Lacune,* pag. 19. Cfr. anche Arangio Ruiz (G.), *Ist. dir. cost.,* n. 693.

(26) Cfr. Chiovenda, *Principii,* pag. 77 e segg.

di comandare in concreto in nome dello Stato: onde, se il giudice si vale del potere di comando che gli è commesso per dare forza di giudicato a una conclusione, derivante da un sillogismo la cui premessa maggiore non sia costituita da una norma di legge, non solo egli, facendo ciò, giudica male, ma addirittura, dal punto di vista costituzionale, *non giudica.*

Quanto si è detto finora viene, in ultima analisi, a farci ritenere che il giudice, quando trasgredisce al suo dovere di giudicare secondo la legge, non solo incorre nella violazione (inesecuzione) di un precetto giuridico a lui indirizzato, ma addirittura commette un *eccesso di potere,* che lo porta a comandare in veste di giudice al di là dei confini entro i quali è contenuto il potere di comando di ogni giudice. Vedremo più innanzi (n. 100, 3, *A, b,* α) che, nella classificazione di motivi di cassazione accolta dal nostro diritto positivo, si parla dell'eccesso di potere come di un *error in procedendo* ben diverso dall'*error iuris in iudicando* che, dall'art. 517, n. 3, CPC è denominato « violazione o falsa applicazione di legge »: pur tuttavia, a chi voglia, com'io qui ho cercato appunto di fare, rendersi conto della ragione per cui, in tutti gli Stati moderni che hanno accolto il sistema della Cassazione, si è sentita la necessità di istituire un organo apposito per preservare l'ordinamento costituzionale dal pericolo delle « violazioni o false applicazioni di legge » commesse dal giudice, non può sfuggire che all'istituzione di quest'organo di controllo si è giunti appunto perché è sembrato che gli *errores iuris in iudicando* commessi dal giudice introducessero nell'ordinamento giuridico un turbamento assai più profondo di quello che può derivare dalla trasgressione di un singolo precetto, o dal passare in giudicato di una sentenza ingiusta, e costituissero addirittura un attentato a uno di quei canoni cardinali di diritto pubblico, la cui rigorosa osservanza è richiesta dalla stessa necessità di mantenere in vita lo Stato (27).

17. — Per confermare la fondatezza delle osservazioni che precedono, attraverso qualche raffronto storico, è opportuno ricordare che la storia degli istituti processuali offre numerosi esempi,

---

(27) Anche il CHIOVENDA, *Principii,* pag. 1034, ritiene viziata da eccesso di potere « la decisione in cui apparisse il proposito del giudicante di creare anziché applicare la legge »: la violazione o falsa applicazione di legge commessa dal giudice rientrerebbe dunque, se ben intendo, nel n. 3 dell'articolo 517 CPC solo quando l'errore fosse involontario, mentre rientrerebbe nel vizio di eccesso di potere quando il giudice avesse coscienza di violare il suo obbligo di giudicare *secundum legem.*

studiati già nel Volume che precede, di classificazioni degli *errores in iudicando* commessi dal giudice in più categorie, a seconda della diversa gravità loro: riassumo i criteri a cui si sono inspirate le più caratteristiche di queste classificazioni.

a) I testi romani distinguono il caso in cui il giudice disconosca nella sua sentenza il diritto subiettivo di una delle parti, la concreta volontà di legge che si è specializzata per il coincidere della fattispecie reale colla fattispecie legale (*ius litigatoris*), dal caso in cui il giudice disconosca il diritto obiettivo che dovrebbe costituire la premessa del suo sillogismo, la norma astratta posta in forma ipotetica dal legislatore per una serie indeterminata di casi possibili (*ius constitutionis*). Questo secondo caso ha, per il diritto romano, un carattere di gravità molto maggiore, perché l'errore che esso suppone non si produce nell'àmbito della funzione che l'ordinamento giuridico attribuisce al giudice (la quale consiste appunto nel decidere se dalle norme astratte, *quali il legislatore le ha poste,* siano nei singoli casi controversi nate delle volontà giuridiche concrete), ma implica che il giudice, invece di tener fermi i principi del diritto obiettivo e limitarsi a trarne conseguenze al caso pratico, ha voluto spingersi al di là dei limiti tracciati al suo potere mettendo in discussione la norma astratta, che *non est in arbitrio iudicantis.* In quest'ultima ipotesi, adunque, la sentenza del giudice, che ha valore solamente in quanto sia la specializzazione di una norma di legge, perde ogni efficacia giuridica, perché è la specializzazione di una premessa maggiore che non è una norma di legge (vol. I, n. 23).

b) Il diritto comune considera come caso di annullabilità di una sentenza quello in cui essa sia data *contra ius in thesi clarum*; ma non fa derivare la gravità di questo difetto dalla circostanza che esso consista in un errore di diritto, sibbene dalla evidenza, deducibile dal tenore della sentenza, dell'errore stesso, come di tutti gli errori, di diritto o di fatto, che sono compresi nel concetto generale di *notoria iniustitia.* L'autorità della cosa giudicata, insegnano i Dottori, si basa su una presunzione, la quale deve necessariamente cadere quando, senza bisogno di addentrarsi nel riesame del fatto controverso, si può dalla semplice lettura argomentare che la sentenza è ingiusta, colla sola conoscenza delle norme giuridiche e delle massime di esperienza comune (vol. I, n. 85).

c) L'Assemblea rivoluzionaria che dette vita alla Cassazione nella sua prima forma, considerò come più grave fra tutti gli errori *in iudicando* che potesse commettere il giudice quello consistente in una *contravention expresse au texte de la loi,* perché ritenne

che da questo errore venisse a trovarsi gravemente minacciato il principio della separazione dei poteri; pensò infatti che, se spetta al potere legislativo porre norme giuridiche astratte e generali e al potere giudiziario trarre da queste norme le conseguenze giuridiche concrete, la sentenza del giudice, che come premessa maggiore pone la negazione astratta e generale di una norma giuridica, costituisce una vera e propria usurpazione dei poteri riservati al legislatore, che deve intervenire a reprimerli (vol. I, n. 150).

18. — Da questo rapido cenno risulta che, mentre il criterio adottato dal diritto intermedio parte da ragioni esclusivamente processuali, il criterio del diritto romano e dell'Assemblea francese partono da considerazioni prevalentemente politiche: anzi, in sostanza, il diritto romano e il diritto francese coincidono in una idea unica, che è quella di eccesso di potere; ma si diversificano poi in quanto il diritto romano ritiene che, nelle sentenze date *contra ius constitutionis,* manchi un presupposto processualmente necessario per l'esistenza giuridica di una sentenza, mentre il diritto francese vede nella pronuncia che espressamente contravvenga alla legge una sentenza processualmente valida, ma pericolosa per l'ordinamento costituzionale dello Stato, che subito provvede a invalidarla.

Nessuno di questi tre criteri, che ci offre la storia del processo, coincide in tutto col criterio che abbiamo adottato per risolvere il problema già posto (retro, n. 15). Il criterio adottato dal diritto comune, del quale troviamo qualche riflesso anche in scrittori odierni (28), viene anzi addirittura a negare il problema nei termini

---

(28) Il PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche,* vol. I, esponendo alcune idee sull'ordinamento di una Corte suprema di giustizia (pag. 423 e segg.), insegna che in ogni controversia sono contenute delle questioni che debbono essere risolute in base alla *convinzione morale,* e delle altre questioni che debbono essere invece risolute in base alla *cognizione e alla certezza dimostrativa.* La convinzione morale non è controllabile, mentre nella risoluzione delle questioni della seconda specie (cosiddette *questioni di principio*), l'errore è logicamente dimostrabile. Su questa contrapposizione dovrebbero, secondo il P., esser basati i limiti di competenza fra Corti d'appello e Corte di cassazione: « giudicato sovrano nella questione di convinzione morale, giudicato soggetto ad un ultimo esame nella questione di principio », pag. 440. Qui la ragione politica della Cassazione è interamente messa da parte: e da queste considerazioni al concetto della *notoria iniustitia* il passo è breve: infatti il P. avrebbe voluto riconoscere alla Corte di cass. il potere di reprimere, oltreché la violazione della legge, « le violazioni dell'*evidenza* e del *senso comune* anche nel caso di *pretesi apprezzamenti* morali, e per conseguenza [il potere] di annullare per *evidente* errore di fatto o per evidente ingiustizia » (pag. 450). È interessante rilevare che

in cui l'abbiamo formulato, perché, affermando che lo Stato considera particolarmente gravi fra gli *errores in iudicando* quelli che presentano speciale carattere di evidenza e di riconoscibilità, viene implicitamente a dire che non esiste, al disopra della ragione processuale, alcuna ragione politica per la quale tale carattere di gravità si debba riconoscere in ogni error di diritto, anche se non sia a prima vista riconoscibile. Da un punto di vista politico muovono invece il diritto romano e il diritto francese; ma neppure questo criterio politico corrisponde perfettamente a quello cui si inspira l'ordinamento giuridico moderno, poiché il diritto romano e il diritto francese non giungono a stabilire, negli *errores in iudicando,* una contrapposizione netta fra tutti gli errori di diritto e tutti gli errori di fatto, ma temperano la considerazione politica con una considerazione processuale, in quanto attribuiscono speciale gravità soltanto ai più grossolani e ai più manifesti tra gli errori di diritto, escludendo, come si sa, gli errori di interpretazione e quelli di applicazione di legge.

La ragione che le Fonti romane adducono per spiegare la nullità delle sentenze date *contra ius constitutionis* è, in verità, la stessa che oggi giustifica la funzione di nomofilachia della Corte di cassazione: che, cioé, per la stessa natura della funzione giurisdizionale, il giudice non ha potere di decidere contro la legge la *quaestio iuris.* Ma da questa ragione, che coincide con quella da me già esposta (retro, n. 15), il diritto romano non trae tutte le conseguenze che oggi se ne debbono trarre: infatti, dopo aver posto il principio che la sentenza data *contra ius constitutionis* è nulla, perché in essa il giudice ha ecceduto i limiti della delegazione di comando fattagli dalla legge (*iuris auctoritas... in potestate iudicantium non sit*: vol. I, n. 16), viene poi a smentire il principio quando afferma (vol. I, nn. 19-20) che questo vero e proprio eccesso di potere non produce nullità se si verifica in presenza di una legge oscura o nella determinazione del rapporto tra la legge e il fatto concreto. Dalle considerazioni sopra espresse resulta che quel motivo di carattere costituzionale per cui lo Stato reputa che

---

questa concezione, che è in antagonismo collo scopo essenzialmente politico dell'istituto, sembra accolta perfino da un voto del Consiglio di Stato francese del 18 gennaio 1806 (riportato da MERLIN, *Rép.*, v. « *Cassation* », § II, 1, e da MORTARA, *Appello civile,* n. 210), nel quale è detto che « la stabilité des jugements rendus par les Cours repose, il faut en convenir... sur la présomption de sa justice... Or il est de la nature de toute présomption de céder à une vérité contraire, quand'elle est démontrée; si donc un arrêt se trouve en opposition formelle avec une disposition textuelle de la loi, la présomption de sa justice desparaît... ».

l'errore di diritto abbia una speciale gravità, sussiste in qualunque specie di errore di diritto, senza che, dal punto di vista politico, nessuna attenuazione di questa gravità possa trarsi da circostanze processuali, come potrebbe essere la maggiore o minore evidenza materiale dell'errore. Teoricamente, non si può far distinzione fra norme di chiaro significato e norme deducibili per via di interpretazione, né tra questioni di diritto astratte e questioni di diritto concrete: anche quando il giudice commette un errore di diritto nell'interpretare a rovescio una legge di ambiguo significato, egli viene a violare quel precetto che gli impone di giudicare *secundum legem* (cioé, secondo il significato *vero* della legge) e viene a trovarsi fuori dei limiti del potere che lo Stato gli commette; ed anche quando il giudice si inganna nel determinare la qualificazione giuridica del rapporto controverso (*error iuris in hypothesi*), egli viene a violare il precetto suddetto, in quanto non tien conto di quella norma astratta dalla quale, in modo generale, gli estremi di quel certo istituto giuridico, al quale il rapporto controverso corrisponderebbe, sono contemplati.

Le stesse osservazioni si possono ripetere per dimostrare la manchevolezza della teoria accolta dall'Assemblea rivoluzionaria: la quale, infatuata dal principio della separazione dei poteri, e sfornita di idee molto chiare sulla differenza tra l'interpretazione autentica e l'interpretazione giurisprudenziale, ritenne che la *contravention expresse au texte de la loi* nascondesse non solo un eccesso del giudice dal potere delegatogli, ma una vera e propria usurpazione di un potere riservato al legislatore. In questo modo attribuiva al giudice che giudica *contra legem* dei propositi molto più gravi di quelli che un giudice possa sperare di attuare con una sentenza: infatti, parlare di usurpazione del potere legislativo da parte del giudice, si può soltanto quando questi (come talora usavano i Parlamenti sotto l'*ancien régime*: vol. I, n. 108) pretenda di servirsi del suo potere di comando per emanare norme generali da valere anche per l'avvenire, oltre il concreto caso controverso; ma finché il giudice si limita a trascurare, in occasione di una singola controversia e con conseguenze limitate ad essa, il contenuto di una norma, commette sì, come si è dimostrato, un eccesso di potere, ma non usurpa con ciò la funzione di porre norme generali (29), l'esercizio esclusivo della quale è pienamente assicurato

(29) Cfr. GENY, *Méthode*, pag. 181: « si étendue soit la faculté d'appréciation personnelle, que nous reconnaissons aux juges, son exercice ne saurait constituer une emprise sur le terrain législatif, du moment que l'autorité de la décision judiciaire reste limitée à l'espèce sur laquelle elle statue ».

al legislatore da quelle norme costituzionali che riservano al potere legislativo anche la interpretazione autentica (30). Si intende poi come l'Assemblea, partendo dal concetto che la sentenza data *contra legem* rappresenti una minaccia alla costituzione dello Stato solo in quanto con essa il giudice tenti di trasformarsi in legislatore, fosse per forza tratta a negare ogni carattere di speciale gravità a quelle sentenze che, pur basate su errori di diritto *in iudicando,* non contenevano, nelle loro premesse, dichiarazioni esplicite di principî generali posti in antitesi alla legge con quella forma generale ed astratta che adopera nelle sue prescrizioni il legislatore (31).

19. — Mi sembra di essere giunto così a chiarire in che senso si possa ripetere ancora quella frase colla quale un tempo l'abituale enfasi oratoria dei membri dell'Assemblea nazionale aveva definito il *Tribunal de cassation* come una « sentinella della legge » (vol. I, n. 154). Questa frase, ormai, non ha più quel significato che poté avere sui primordi dell'istituto, quando la Cassazione era considerata come un organo estraneo al potere giudiziario, la cui funzione di controllo aveva carattere più di amministrazione che di giurisdizione; ma, tuttavia, anche se oggi la Cassazione è entrata a far parte, come organo preminente, della gerarchia giudiziaria, e se il suo controllo ha assunto natura schiettamente giurisdizionale, non si deve per questo dimenticare che i limiti originariamente tracciati all'esercizio del suo sindacato furono giustificati da una ragione di ordine costituzionale e politico, la quale rappresenta anche oggi, pur nelle nuove forme che la Cassazione ha assunto, la ragione prima della permanenza dell'istituto nel nostro ordinamento (cfr. oltre, n. 49). Il sindacato di nomofilachia, colla quale la Corte di cassazione mira a mantenere gli organi giurisdizionali nella sfera del loro potere, distruggendo le sentenze che siano state pronunciate fuori dei limiti del medesimo, continua dunque, sia pure con nuovi aspetti, la tradizione di quegli organi « conservatori della legge » che non sono ignoti alla storia del

---

(30) Statuto del Regno, art. 73, Cfr. art. 5 del *CC.*

(31) È singolare che siffatti concetti, ormai anacronistici, si trovino accolti nella *Relazione al Progetto* De Falco, giustamente criticata da Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche,* I, p. 444 (cfr. vol. I, nota 3, a p. 759) [ora nel vol. VI delle *Opere,* nota 72, a p. 690], e nella *Relazione* De Jardins, presentata al Primo Congresso giuridico italiano, tenuto in Roma nel 1872, nella quale (« Atti », pag. 88-96), si biasima la Cassazione francese perché si spinge ad annullare anche per erronea interpretazione o applicazione di legge.

diritto italiano (vol. I, n. 80): e se, nella Relazione che precede un recente progetto di riforme processuali (prog. ORLANDO: vol. I, n. 271, *u*), è stato esattamente rilevato che la Corte di cassazione, qual'è accolta oggidì nel nostro diritto, non ha più la posizione costituzionale, che aveva in origine il *Tribunal de cassation,* di un organo esecutivo estraneo alla gerarchia giurisdizionale, si è forse giunti troppo oltre quando si è negato che a base dell'istituto odierno stia ancora una finalità politica, mentre si è visto che la limitazione del controllo della Cassazione ai soli *errores in iudicando* non può essere spiegata con criteri strettamente giurisdizionali (retro, n. 14) (32).

La esistenza della Corte di cassazione con questo ufficio costituzionale di nomofilachia è, del resto, la miglior confutazione che un ordinamento positivo possa contrapporre al recente movimento dottrinale in favore del cosiddetto « diritto libero », i cui seguaci ritengono che la giurisdizione sia già in pratica e più debba diventare in via di riforma una vera e propria *creazione di diritto obiettivo* per opera del giudice (33). Già il WLASSAK (34) obiettava al BÜLOW, che di quel movimento dottrinale è stato in Germania uno dei più autorevoli iniziatori (35), che la figura del giudice creatore di diritto è « in insolubile contraddizione con un concetto fondamentale del sistema dei mezzi di impugnativa », il quale, specialmente coll'istituto della Revisione, mira a impedire al giudice di sottrarsi, nel giudicare, all'autorità della legge. Lo stesso, e a più forte motivo, può dirsi di fronte alla nostra Cassazione, la quale, essendo appunto istituita, come sappiamo, « per mantenere *la esatta osservanza delle leggi* », non solo impedisce al giudice di

---

(32) Anche il MORTARA, *Comm.*, II, nn. 17-18, che mette energicamente in evidenza la natura giurisdizionale della nostra Corte di cassazione, non trascura però di rilevare che, sia pure attraverso l'esercizio della giurisdizione « la funzione di questo organo è specificamente politica, e in ciò segue un intento diverso da quello ordinario della potestà giurisdizionale »; e si richiama al vol. I dello stesso *Commentario,* n. 68 e segg., ove il carattere politico di questa funzione è magistralmente analizzato.

(33) Sulle dottrine del « diritto libero », cfr. oltre a CHIOVENDA, *Principii,* pag. 68 e segg., DEGNI, *L'interpretazione della legge,* nn. 78 e segg.; e, con particolare riferimento al problema delle lacune, DONATI (D.), *Il problema delle lacune* cit., nn. 22 e segg. (alla copiosa bibliografia citata da questi autori, si aggiunga ora GENY, *Science et Technique en droit privé positif,* Paris, vol. I, 1914; II, 1905). Cfr. anche ARANGIO RUIZ, *Ist. dir. cost.*, n. 695.

(34) Nella introduzione al suo libro *Röm. Processgesetze,* I, pag. 11 e segg.

(35) Specialmente nello scritto *Gesetz und Richteramt* (Leipzig, 1885) e negli altri citati da CHIOVENDA, *Principii,* pag. 69, nota 1.

negare *in iudicando* l'autorità della legge *in thesi* (« violazione di legge », art. 517, n. 3 CPC), ma finanche di considerarsi superiore ad essa nell'applicarla *in hypothesi* al caso pratico (« falsa applicazione di legge ») (36): né a diversa conclusione si giungerebbe — lo dico fin d'ora per non dover tornare più tardi sull'argomento — quando si considerasse nella Corte di cassazione, più che lo scopo negativo di nomofilachia di cui si è finora discorso, lo scopo positivo di unificazione giurisprudenziale, di cui discorreremo nel seguente Capitolo; la scuola del diritto libero che alla legge uguale per tutti vorrebbe sostituire la legge del « caso per caso », urterebbe infatti inconciliabilmente colla esigenza di una uniforme interpretazione del diritto obiettivo (condizione *sine qua non* della uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge), a sodisfar la quale gli Stati moderni hanno appunto ritenuto, come tra poco si vedrà, esser mezzo sufficiente la Corte di cassazione (37).

(36) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 72 in fine.

(37) Cfr. Donati (D.), *Il problema delle lacune*, pag. 260.

Capitolo III

B) LA CORTE DI CASSAZIONE COME ORGANO REGOLATORE DELLA INTERPRETAZIONE GIUDIZIARIA DEL DIRITTO OBIETTIVO (UNIFICAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA)

Sommario: 20. La tendenza alla unità del diritto come conseguenza dell'esistenza dello Stato. — 21. In che limiti è opportuno che l'unità sia raggiunta: *a*) inevitabilità di norme giuridiche con efficacia locale; *b*) impossibilità di mantenere la unità del diritto nel tempo. — 22. Possibilità di diverse interpretazioni di un'unica norma giuridica. — 23. Diversità di opinioni dottrinarie, e sue conseguenze pratiche. — 24. Interpretazione compiuta dal giudice: essa ha valore puramente dottrinario. — 25. Grande autorità di fatto che la coscienza giuridica popolare riconosce alla interpretazione data dal giudice. — 26. Come per questo motivo e per la tendenza alla costanza che si riscontra nella giurisprudenza, si formi la *auctoritas rerum similiter iudicatarum*. — 27. Disformità della giurisprudenza derivante dalla pluralità dei tribunali. — 28. Suoi danni: *a*) distrugge l'uguaglianza del diritto. — 29. *b*) Distrugge la certezza del diritto. — 30. Necessità di mantenere la uniformità della giurisprudenza. — 31. In che limiti: *a*) nello spazio, non nel tempo. — 32. *b*) Anche per le norme che hanno efficacia locale. — 33. Perchè non si pensi a unificare la interpretazione dottrinaria. — 34. Mezzi per unificare la interpretazione giurisprudenziale: *a*) abolizione della motivazione. — 35. *b*) Sistema dei *precedents* obbligatorî. — 36. *c*) Interpretazione autentica e divieto di interpretazione giurisprudenziale. — 37. *d*) Il sistema della Cassazione, vertice della interpretazione giurisprudenziale. — 38. Esclusione delle questioni di fatto dal riesame della Cassazione. — 39. Il riesame della Cassazione si estende alle questioni di diritto in *hypothesi*. — 40. Funzione della Cassazione e funzione della giurisprudenza.

20. — Se in ogni definizione dello Stato troviamo costantemente ripetuta l'idea di un ordinamento giuridico sotto un supremo potere, che costituisca al disopra dei sudditi una distinta personalità unitaria (1), si deve concludere che la tendenza alla unificazione delle norme di diritto obiettivo vigenti nella cerchia statuale

(1) Vanni, *Lezioni*, pag. 150 e 159.

ha la sua prima origine nel concetto stesso di Stato. In verità, poiché lo Stato in tanto esiste in quanto riesce ad essere, all'infuori dei molteplici elementi personali e territoriali che lo compongono, una persona giuridica *unica,* devono necessariamente valere in ogni Stato alcune norme giuridiche che siano comuni a tutto il territorio dello Stato medesimo, cioè quelle norme, dette appunto di diritto costituzionale, le quali fondano e consacrano la esistenza e la organizzazione della comunità giuridica (2). Questa fondamentale unicità delle norme di diritto costituzionale, o almeno di alcune più importanti fra esse, è il punto di partenza dal quale a grado a grado storicamente si progredisce verso una unificazione sempre più completa di tutte le norme giuridiche vigenti, anche all'infuori della sfera costituzionale, nel territorio dello Stato. La disformità del diritto obiettivo — cioè la contemporanea esistenza, in varie regioni del territorio di uno stesso Stato, di norme diverse destinate a regolare identici rapporti giuridici — è un fenomeno costante nei periodi in cui la costituzione dello Stato è ancora recente o in cui, per la grande estensione del territorio sottoposto a un'unica sovranità, debolmente può farsi sentire nella periferia l'influsso accentratore del potere sovrano; si pensi, ad esempio, alle tendenze centrifughe dei diritti locali nell'Impero romano (Vol. I, n. 26), alle profonde diversità che esistevano in Francia, nei secoli in cui il Regno andava a poco a poco affermandosi sulle resistenze particolaristiche del feudalesimo, fra il diritto vigente nelle terre *iuris scripti* e quello vigente nelle terre *iuris consuetudinarii* (Vol. I, n. 137). Ma poi, quando la costituzione dello Stato si consolida e si matura, l'unità del potere sovrano tende a documentarsi in ogni campo nella unità del diritto obiettivo: e questa tendenza unificatrice ha la sua meta e il suo coronamento nella *codificazione* (3), colla quale, per impulso personale di qualche sovrano di genio, come Giustiniano o Napoleone, o per comune aspirazione di tutto un popolo giunto a riunirsi politicamente dopo un periodo di frazionamento, come avvenne in Germania e in Italia nel secolo scorso, sembra si voglia imprimere quasi il suggello definitivo alla raggiunta maturità unitaria dello Stato (4).

---

(2) Id., *ibidem,* 158.

(3) Bibliografia sulla codificazione: Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica,* § 29 e note; Gianturco, *Sistema di dir. civ. italiano,* vol. I, Prefazione; Geny, *Méthode,* pag. 53-54; e per ultimo, De Ruggiero, *Istituzioni di dir. civ.,* vol. I, § 15, con ampia bibliografia e con accenno alla celebre polemica sull'argomento fra Thibaut e Savigny.

(4) Cfr., per tutto questo n. 20, Weismann, *Einheitliches Recht,* p. 178 e segg.

Ma non cospirano a questa unificazione del diritto obiettivo sul territorio dello Stato solo motivi giuridici e politici: bensì concorrono ad affrettarla ragioni economiche desunte dalle necessità del traffico, per il quale ogni complicazione ed ogni disformità del diritto obiettivo costituiscono un ostacolo (per le stesse ragioni già si tende ormai perfino alla unificazione internazionale di qualche ramo del diritto privato), e ragioni morali per le quali, quando l'unità politica dello Stato riposa su una base nazionale, il popolo intende che l'unità della nazione è meglio compiuta se a una lingua uguale, a un'unica stirpe, a una stessa tradizione storica, corrisponde per tutto lo Stato un comune diritto obiettivo (5).

21. — Non bisogna dimenticare che, quando si afferma raggiunta in un determinato Stato (per esempio, in Italia) la unificazione del diritto obiettivo, sono sempre sottintese in questa affermazione delle limitazioni, per le quali essa perde ogni significato assoluto e conserva soltanto una portata relativa.

a) Anzitutto si deve osservare che, se dalla unità del diritto obiettivo deriva che la massima parte delle norme giuridiche vigenti nello Stato estendono la loro efficacia a tutto il territorio che dallo Stato dipende, è praticamente impossibile evitare che esistano nello Stato dei gruppi di norme giuridiche la cui efficacia sia ristretta ad una sola frazione del territorio medesimo. Speciali condizioni geografiche e fisiche, particolari necessità economiche e commerciali, eccezionali eventualità militari, politiche, sanitarie possono consigliare allo Stato di emanare delle norme giuridiche destinate ad aver vigore soltanto su una parte del suo territorio: nascono così quelle norme, che, in contrapposizione alle norme di diritto comune, si chiamano *di diritto locale,* a indicare che esse, a differenza delle leggi vigenti su tutto il territorio dello Stato, hanno vigore soltanto in determinate circoscrizioni di esso (6).

Ma accanto alla eventualità sopra accennata, nella quale lo Stato, che di regola pone legislativamente norme comuni a tutto il territorio, emana, in via ugualmente legislativa, norme che hanno efficacia localmente ristretta, si verificano di frequente dei casi in

---

(5) Filomusi-Guelfi, § 29, pag. 99.

(6) Coviello N., *Manuale,* § 6, n. 5. Cfr. quanto, sulla opportunità della specializzazione territoriale di alcune norme giuridiche, scrive Degni, *Interpretazione,* n. 57, nota 3 a pag. 131: d'altra parte il Polacco, *Cabale del mondo legale,* pag. 165 e nota 19, osserva che in certe materie la specializzazione locale della legislazione è talmente dannosa che « più l'unificazione ritarda e più si scuote la fede nel diritto ».

cui norme giuridiche con efficacia locale non derivano in modo immediato e diretto dalla volontà centrale dello Stato, ma scaturiscono da altre fonti che lo Stato riconosce capaci di produrre diritto obiettivo. Si pensi alle norme giuridiche che possono nascere, nei limiti in cui si può scorgere una fonte di diritto nella consuetudine (7), da consuetudini regionali; si pensi soprattutto alle norme giuridiche che, con efficacia obbligatoria limitata alla propria circoscrizione territoriale, possono emanare alcuni enti di diritto pubblico forniti di *autonomia* (8).

Da queste e da altre eccezioni che facilmente potrebbero essere aggiunte alla esemplificazione, il principio della uniformità del diritto obiettivo nello spazio resta notevolmente limitato. Esempî molto più cospicui di disformità del diritto obiettivo sono poi offerti, anche nell'età contemporanea, dagli Stati federali, dai quali, meglio che dagli Stati unitarî, è consentita la coesistenza di leggi diverse nei diversi Stati componenti (si pensi alle leggi processuali della Svizzera), mentre appar sufficiente che la unità del diritto sia mantenuta in quelle poche norme fondamentali che regolano l'esercizio della sovranità e della rappresentanza dello Stato composto.

b) Si deve in secondo luogo ricordare che, quando si parla dei vantaggi derivanti dalla unità del diritto obiettivo nello Stato, si intende sempre riferirsi alla unità nello spazio, non già alla unità nel tempo (9). Uniformità del diritto non vuol dire immobilità del diritto, il quale, come tutte le manifestazioni dello spirito umano, si svolge ininterrottamente attraverso un continuo divenire (10). Il principio della uniformità del diritto obiettivo si deve pertanto inevitabilmente riportare a un determinato momento storico: imaginando di poter sospendere per un istante la dinamica evoluzione nella quale vive il diritto obiettivo dello Stato e di poter fissare dal punto di vista statico il grado di elaborazione cui esso è giunto, l'unità del diritto obiettivo apparirà raggiunta quando vedremo che in tutto il territorio dello Stato questa elaborazione ha portato a risultanze uguali. Onde se, esaminando lo stesso organismo giuridico in un momento successivo, troveremo ch'esso si è profondamente trasformato, neppure potremo dire che la unità del diritto sia distrutta, quando la trasformazione si sia compiuta in modo uniforme su tutto il territorio dello Stato.

---

(7) Coviello N., *ibidem*, §§ 16 e segg.
(8) Id., *ibidem*, § 15; Vanni, *Lezioni*, pag. 75-76.
(9) Cfr. Weismann, pag. 179.
(10) Cfr. Jhering, *La lotta pel diritto*, pag. 137.

22. — L'aver raggiunto nello Stato la unità del diritto obiettivo importa teoricamente questa conseguenza: che in un determinato momento storico, più rapporti giuridici identici devono, in parti diverse del territorio dello Stato, essere regolati nell'identico modo. Senonché dall'aver ridotto ad unità, in un *Corpus iuris* comune a tutto lo Stato, le norme giuridiche, in quella forma astratta generica ed ipotetica che ad esse è propria, non deriva sempre, in pratica, che la stessa norma sia, in diverse parti dello Stato, concretamente applicata nell'identico modo a rapporti giuridici in realtà identici. La codificazione ufficiale non può distruggere le tradizioni giuridiche regionali, non può troncare d'un colpo le tendenze particolaristiche che variano profondamente da luogo a luogo. Le legislazioni degli Stati moderni non raccolgono istituti giuridici omogenei, scaturiti in blocco da una medesima origine, ma comprendono istituti resultanti da una elaborazione più volte millennaria, da fusioni e sovrapposizioni compiutesi nei secoli tra elementi etnicamente diversi; ora è certo che non in tutte le regioni sottoposte a uno stesso Stato questo processo di amalgamazione si è compiuto nella stessa misura, attraverso le stesse vicende; qua avrà per lunghi secoli prevalso un elemento, che là è restato completamente estraneo alle concezioni giuridiche del paese. E quando il Codice unico, sovrappostosi a questa multiformità di diritti locali, viene in contatto coi rapporti della vita pratica in tutto il territorio dello Stato, accade che la stessa norma risveglia nelle diverse regioni tradizioni giuridiche profondamente disformi e che un'unica parola adoprata dalla legge è tratta, col variar delle regioni, a significati molteplici e spesso fra loro ripugnanti.

Se poi si considera che in ogni codificazione, in mezzo alle norme di chiaro significato, qualcuna si può annoverare che, per imperfetta locuzione, si presta ad essere intesa in modi diversi, e che, d'altra parte, è fenomeno costante di ogni legislazione la esistenza di qualche cosiddetta lacuna di legge (mancanza di norma giuridica *espressa* per determinati rapporti), si intende come la raggiunta unificazione delle norme giuridiche astratte si può trasformare in una complicata disformità nelle conseguenze concrete, che, per rapporti giuridici identici, vengono tratte da una stessa norma in diverse parti dello Stato.

23. — Sappiamo che la legge, quando la sua volontà generale si specializza caso per caso per il coincidere di una fattispecie concreta colla fattispecie legale, parla direttamente ai suoi destinatarî, cioè ai soggetti dei rapporti giuridici che essa regola; può darsi pertanto che disformità di interpretazione di una stessa

norma giuridica si manifesti, all'infuori di ogni disputa dottrinale o di ogni controversia giudiziaria, presso gli stessi destinatarî della norma e che pertanto lo stesso precetto del Codice sia in buona fede eseguito in senso diverso in diverse località dello stesso Stato.

Questa disformità però si manifesta di preferenza nelle opere dei giurisperiti, che mirano a sviluppare e a coordinare i sensi nascosti delle norme e a risolvere i problemi derivanti dalla legge oscura o lacunosa; si produce così, come inevitabile conseguenza della esegesi dottrinaria delle leggi, quella discordanza fra le *opiniones doctorum* sul significato di uno stesso precetto giuridico, la quale era profondamente sensibile nei periodi anteriori alle codificazioni (Vol. I, n. 84), ma, sia pure in più ristretta cerchia, si mantiene — ed è bene che si mantenga — anche quando si è raggiunta nei codici la unificazione e la chiarificazione del diritto obiettivo.

È indubitabile che la unità del diritto obiettivo, astrattamente raggiunta nei Codici, viene, nella concreta applicazione del diritto, meno gravemente minacciata nel caso in cui la disformità di interpretazione si verifichi presso gli stessi destinatari dei singoli precetti nascenti dalla norma giuridica oscura, che non nel caso in cui la stessa disformità si manifesti fra i giurisperiti. Se, ad esempio, una norma di diritto privato relativa ai contratti viene eseguita in modi diversi in diverse regioni dello Stato, perché in una regione i contraenti sono concordi nell'interpretarla in un modo diverso dal modo con cui altri contraenti in un'altra regione concordemente la interpretano, questa diversità di esecuzione può restare un episodio isolato che non abbia alcuna conseguenza sulla coscienza giuridica degli altri consociati. Ma quando, invece, una stessa norma è intesa in diversi modi dalla dottrina, la autorità di cui godono i giurisperiti presso i profani di diritto fa sì che la opinione di ciascun giureconsulto lasci nella coscienza giuridica del popolo durevoli traccie e vi susciti delle correnti di pensiero, che tanto più si prolungano quanto maggiore è la fama di chi l'ha enunciata. Le opere scientifiche dei teorici non lasciano indifferente la pratica del diritto: anche all'infuori del processo, accade giornalmente che i destinatari dei concreti precetti nascenti dalle norme giuridiche, si rivolgano ai consulenti legali, per sapere da loro se e come questi concreti precetti debbano essere eseguiti (11); e la dottrina suggerisce agli interessati qual'è il significato della norma che i profani non riescono a comprendere, traccia qual'è la via da seguire affinché la volontà della legge sia in

(11) Chiovenda, *Principii*, pag. 72.

concreto correttamente adempiuta. Così in moltissimi casi, nell'età moderna in cui il complicato tecnicismo giuridico rende sempre più necessario nella risoluzione dei dubbî legali l'intervento dello specialista, la legge è per il popolo non ciò che è scritto nel Codice, ma ciò che è consigliato dal giureconsulto: e se i giureconsulti, in uno stesso momento storico, non sono concordi nello stabilire il significato di una stessa norma, si intende come la uniformità ufficiale del diritto codificato, si possa trasformare in pratica, attraverso gli influssi divergenti della discorde dottrina, in una profonda disformità di diritti applicati, e come la diversità delle *opiniones doctorum* sul significato di una stessa norma, anche se non può avere la forza di sostituire a quell'unica norma di diritto scritto molteplici norme di diritto consuetudinario, sia capace però di portare nella pratica del diritto dei profondi perturbamenti, dai quali i vantaggi della unificazione restano in parte annullati (12).

24. — È comune insegnamento che la obbligatorietà della sentenza del giudice non è conseguenza della correttezza delle premesse logiche dalle quali il giudice è partito per giungere alla conclusione del suo sillogismo, e che la incontrovertibilità che lo Stato attribuisce alla cosa giudicata non ha niente a che vedere colla fondatezza dei motivi su cui essa si basa, quantunque il procedimento mentale attraverso il quale il giudice perviene alla formulazione della sentenza sia, dal punto di vista logico, simile a quello che fa un privato cittadino per affermare la esistenza di un suo diritto subiettivo o a quello che il giurista compie per risolvere scientificamente una questione controversa (13), soltanto la conclusione del giudice, a differenza di ogni altra conclusione giuridica raggiungibile per via di ragionamento da qualunque privato, ha l'effetto di stabilire incontrovertibilmente qual'è il diritto nel caso concreto, perché proviene da quell'organo pubblico che lo Stato ha, ad esclusione di ogni altro, abilitato a formulare di volta in volta qual'è nei casi controversi la concreta volontà della legge (14). Quella speciale forza vincolatrice che lo Stato riconosce alla decisione pronunciata dagli organi giudiziarî, in tanto viene riconosciuta in quanto la sentenza è la proclamazione ufficiale di un concreto precetto di legge; ma la motivazione logica che ha con-

(12) Sul valore che ha avuto nella storia e che ha nel diritto moderno la interpretazione dottrinale, cfr. Degni, *Interpr.*, nn. 59-64.

(13) *Genesi logica*, n. 3.

(14) Cfr. Chiovenda, *Principii*, § 78; e Cammeo, *Lezioni di pr. civ.*, pag. 167.

dotto il giudice alla sua decisione, serve a preparare questa proclamazione, senza far parte di essa: talché l'autorità della cosa giudicata, inerente al dispositivo, non si estende ai motivi dai quali esso logicamente deriva. E se il giudice, quando proclama, colla conclusione del suo sillogismo, qual'è nel caso controverso la concreta volontà del diritto, compie un atto di sovranità che nessun altro, all'infuori di lui, può compiere, egli agisce invece non in qualità di giudice ma in qualità di giurista finché si limita a sillogizzare sulle premesse di diritto e di fatto dalle quali deduce la necessità di formulare la sua proclamazione (15).

Come il privato cittadino che vuol rendersi conto del modo con cui egli deve eseguire la legge a tutela del suo interesse, come il consulente legale che, col sussidio dell'ermeneutica giuridica, mira a chiarire qualche oscurità o a colmare qualche lacuna del diritto positivo, così il giudice, nel lavoro logico con cui prepara la sua sentenza, si trova spesso a dover preliminarmente spiegare a sé stesso la portata e il significato astratto della norma giuridica appropriata al caso controverso, per poter quindi con maggior esattezza stabilire il rapporto che passa tra questa norma e i fatti accertati nell'istruttoria. Orbene, le opinioni che il giudice manifesta nella risoluzione di queste astratte *quaestiones iuris* che gli si possono presentare prima di pervenire alla sentenza, non hanno ufficialmente valore diverso da quello che può essere attribuito, per considerazioni scientifiche, alla opinione manifestata sullo stesso punto da qualunque altro giurisperito: mentre la conclusione del sillogismo compiuto dal giudice ha forza obbligatoria del tutto indipendente dalla sua bontà logica, le risoluzioni che il giudice, nei motivi, dà a qualche questione giuridica « di massima », non valgono se non per quella forza di persuasione che sia inerente alla loro correttezza tecnica e razionale.

L'autorità di cosa giudicata, limitata, come si è detto, alla sola conclusione del sillogismo, non si estende alla risoluzione di quelle questioni pregiudiziali che, come mezzo a scopo, siano state risolute dal giudice in occasione della stessa controversia, nelle fasi preparatorie del suo ragionamento (16). A maggior ragione si dovrà escludere, per la stessa natura della funzione giurisdizionale, che la motivazione della sentenza, la quale non acquista efficacia obbligatoria neppure nei limiti della singola controversia decisa, possa esercitare effetti di diritto fuori di quei limiti, in modo che la

---

(15) Cfr. *Distinzione*, n. 7; e WACH, *Urteilsnichtigkeit*, I, 392.

(16) MENESTRINA, *La pregiudiciale*, pag. 112 e segg.

interpretazione di una norma giuridica data in astratto dal giudice nella sua sentenza debba valere in modo obbligatorio anche per tutti i casi simili che si presentino nell'avvenire, contrariamente a quanto in modo espresso dispone l'art. 73 del nostro Statuto (cfr. retro, n. 18) (17).

25. — Tutto quanto finora si è detto è perfettamente giusto in teoria; ma basta essere soltanto superficialmente a conoscenza delle abitudini forensi per sapere che assai volte in pratica, da quelle astratte argomentazioni giuridiche che il giudice espone nella motivazione della sua sentenza e che non hanno nulla a che vedere colla cosa giudicata, possono derivare nel futuro, non di diritto ma di fatto, delle importanti conseguenze sulla risoluzione giudiziaria di altri concreti rapporti controversi simili a quello deciso. Il distinguere, come noi facciamo, tra il giudice organo dello Stato che comanda nel dispositivo, e il giudice uomo di scienza che ragiona nella motivazione, sembra lecito e corretto a chi analizzi astrattamente il contenuto della funzione giurisdizionale; ma in pratica, nella opinione dei consociati, che ignorano i problemi della tecnica giudiziaria, il giudice appare in tutte le sue manifestazioni come il rappresentante del potere sovrano, ufficialmente autorizzato a *dicere ius* in nome dello Stato, e questa sua veste di ufficialità che, all'esame del giurista, appare limitata alla decisione concreta sul singolo rapporto controverso, può agli occhi del profano sembrare presente anche quando il giudice risolve nella motivazione questioni giuridiche astratte. Si intende, da queste osservazioni, come l'autorità del « precedente » giudiziario, che non dovrebbe esser diversa da quella del parere di un giureconsulto, sia in realtà molto superiore a questa: l'opinione emessa dal giudice nella motivazione della sua sentenza non vale soltanto come opinione di un giurista (si pensi a una sentenza il cui estensore sia, oltreché un magistrato, anche un giureconsulto insigne: non mancano esempî anche nella magistratura italiana contemporanea), ma vale, nella opinione dei pratici, come opinione di quell'organo

---

(17) Cfr. *Distinzione*, cit., n. 7; MORTARA, *Comm.*, I, 64; CAMMEO, *Interpr. autentica*, nota 9; WACH, *Handbuch*, pag. 8, nota 7. Anche se in qualche diritto positivo è accolto il sistema dei precedenti obbligatori (oltre, n. 35), la obbligatorietà per il futuro della massima contenuta in una sentenza non deriva affatto da una estensione *erga omnes* della cosa giudicata, ma è un effetto di natura sostanzialmente legislativa, che rappresenta un *plus* aggiunto all'effetto giurisdizionale. Cfr. lo scritto nitidissimo del CAMMEO, *Pretesa efficacia vincolante delle decisioni degli organi di giustizia amministrativa in casi simili.*

che è il portavoce ufficiale della legge, che è, come si usa dire, la stessa legge incarnata (18).

Deriva dunque da questo naturale ossequio che il popolo ha per la pronuncia del magistrato e che non si indugia a distinguere nella sentenza le parti dispositive da quelle meramente preparatorie, cioè il vero atto giurisdizionale dagli atti soltanto dottrinarii, questa conseguenza: che la sentenza del giudice, accanto all'immancabile effetto di portare incontrovertibilmente la certezza giuridica *inter partes* sul rapporto finora controverso, può avere l'effetto di produrre *inter omnes* la convinzione (non importa se più o meno fondata) che una certa norma giuridica debba essere interpretata in un modo piuttosto che in un altro, e di indirizzare pertanto su questa convinzione la pratica giuridica, con autorità più profonda e più estesa di quanto, per un analogo procedimento (retro, n. 23) possa fare la dottrina (19).

26. — La grande importanza che la coscienza giuridica popolare attribuisce ai precedenti giudiziarî non deriva soltanto dall'ossequio che si ha verso la risoluzione emanata dal magistrato che rappresenta la sovranità, ma è notevolmente accresciuta da una osservazione di fatto che la storia di molti secoli di vita forense facilmente suggerisce: dalla osservazione, cioè, che la giurisprudenza dei tribunali tende alla imitazione ed alla costanza.

Il dato di fatto che resulta dalla osservazione è questo: che quando una questione giuridica di massima è stata risoluta una prima volta in un certo senso, in occasione di una concreta controversia, è più probabile che la stessa questione, portata, in occasione di tutt'altro processo, dinanzi allo stesso giudice o dinanzi a un giudice diverso sia risoluta in un senso conforme anziché in un senso contrario alla decisione primitiva. Da che cosa, poi, derivi questa tendenza della giurisprudenza a mantenersi costante, si può qui solamente accennare.

a) Si può, intanto, affermare che la ripetizione successiva presso giudici diversi di identiche risoluzioni per la stessa que-

---

(18) Già i retori latini insegnavano che nella trattazione delle cause avevano grande autorità i *praeiudicia*. Cfr. QUINTILIANO, *Institut. orat. Libri XII* (Ediz. Teubner, Lipsiae, 1907), lib. V, cap. II, *De praeiudiciis* (« ... rebus, quae aliquando ex paribus causis sunt iudicatae, quae exempla rectius dicuntur »), il quale insegna che l'autorità dei *praeiudicia* deriva da due cause: « auctoritate eorum, qui pronuntiaverunt et similitudine rebus de quibus quaeritur ».

(19) Acute osservazioni sull'*autorità logica* inerente alla sentenza, cfr. in MENESTRINA, *Pregiudiciale*, n. 37.

stione di massima, può derivare anzitutto dalla bontà dei ragionamenti esposti nella motivazione della sentenza dal giudice che si è trovato a dover decidere la questione per la prima volta: trovata da lui la via buona, è naturale che anche in seguito le stesse argomentazioni logiche portino altri giudici all'identico resultato.

b) In secondo luogo, la tendenza al rispetto del *praeiudicium* si può spesso considerare come una manifestazione di pigrizia mentale delle persone giudicanti: la risoluzione di una questione giuridica, specialmente se nuova e complicata, richiede sempre un certo studio e un certo sforzo di pensiero, una fatica intellettuale, insomma, che il giudice può essere indotto a scansare quando sappia che già da un suo predecessore lo stesso sforzo è stato compiuto prima che da lui e che i ragionamenti già esposti in una precedente decisione giudiziaria possono, tali e quali, servir di base alla decisione presente. La giurisprudenza giudiziaria tende pertanto alla costanza per forza di inerzia: e tra le diverse cause di questa tendenza non è da trascurarsi il coefficiente portato dall'abitudine (20).

c) È stato finalmente osservato (21) che molte volte il giudice, il quale sa che scopo della sua funzione non è quello di risolvere eleganti problemi teorici per amor della scienza, ma di portare la certezza giuridica nei conflitti di interessi che insorgono nella vita pratica, comprende che, specialmente in certe *vexatae quaestiones* di diritto processuale (si pensi, nel nostro diritto, alla famosa questione della pluralità delle liste!), una giurisprudenza costante è preferibile, nell'interesse dei privati, a una giurisprudenza giusta (22), perché, solamente quando le norme giuridiche che stabiliscono formalità processuali siano ormai chiarite e precisate in modo certo da una costante giurisprudenza, i litiganti avranno la possibilità di attenersi scrupolosamente ad esse e di premunirsi così contro il pericolo di nullità e di decadenze. Può accadere pertanto che un giudice, il quale si trovi a dover risolvere, in occasione di una concreta controversia, un punto di diritto già ormai in senso concorde deciso dalla giurisprudenza, si induca ad accettare, per le considerazioni pratiche sopra accennate, la soluzione ormai consacrata dai precedenti giudicati, quantunque le sue personali vedute di giurista lo porterebbero, da un punto di vista scientifico, ad adottare una soluzione diversa (23).

---

(20) Cfr. PERREAU, *Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé*, pag. 284 e segg.

(21) RIEDINGER, *Präjudizienkultus der Praxis.*

(22) Cfr. RIEDINGER, cit., pag. 191 e 194.

(23) Cfr. anche MORTARA, *Comm.*, I, n. 68.

Basti avere accennato, con queste sommarie osservazioni, alle principali cause da cui deriva la tendenza delle decisioni giudiziarie a seguire l'esempio dei precedenti. Certo è, poiché questa tendenza indubbiamente esiste, che la *auctoritas rerum similiter iudicatarum,* anche se non si vuol considerarla come fonte di diritto obiettivo (24), esercita un grande influsso sullo svolgimento pratico del diritto: e ogni professionista legale sa che anche nell'età nostra, sia pure in misura molto minore di quanto avveniva nel periodo anteriore alla codificazione, molti dibattimenti giudiziarî si riducono ad essere una lotta di precedenti giurisprudenziali (25).

27. — Le considerazioni fatte finora ci permettono, dunque, di affermare che quantunque la risoluzione di una questione giuridica astratta, contenuta nella motivazione di una sentenza, non abbia di diritto nessuna forza obbligatoria per il futuro, purtuttavia, praticamente, la enunciazione di questa risoluzione può produrre nella coscienza giuridica dei consociati estranei alla controversia un duplice effetto, cioè: *a*) la convinzione che la interpretazione della legge data dal giudice sia quella che ufficialmente corrisponde alla volontà dello Stato (retro, n. 25), e che quindi, conformandosi, negli atti della vita privata, a quella interpretazione, si è sicuri di adempiere fedelmente alla legge; *b*) la convinzione che se in avvenire la stessa questione giuridica si ripresenterà, in occasione di un altro processo, al giudice, egli adotterà la stessa risoluzione che è stata una prima volta consacrata nel precedente giudizio (retro, n. 26).

Questo duplice effetto che nella coscienza giuridica dei consociati produce ogni risoluzione di questioni giuridiche astratte contenute nella motivazione di una sentenza, e che è tanto più profondo quanto più lunga è la serie dei *praeiudicia* che nella stessa risoluzione si sono mantenuti concordi, non produrrebbe nessun

---

(24) Sulla questione, se da un lungo e costante *usus fori* possa nascere una norma giuridica con forza obbligatoria per tutti i casi simili (questione *diversa* da quella relativa ai poteri del giudice di creare il diritto per il singolo caso), cfr. VANNI, *Lezioni,* pag. 75 e 78; PACCHIONI, *I poteri creativi della giurisprudenza;* ID., *Elementi di dir. civile,* n. 29; BRUNETTI, *Sulle dottrine* cit., pag. 12, nota 1; MORTARA, *Comm.,* I, n. 70; DEGNI, *Interpretazione,* nn. 54-58, e autori citati ivi, in nota 1 a pag. 126.

(25) GENY, *Méthode* cit., pag. 400. Per una rassegna di casi pratici, i quali dimostrano quale profondo influsso eserciti sulla evoluzione del diritto la giurisprudenza, cfr. la Prolusione tenuta dal COVIELLO (L.) a Napoli l'11 marzo 1918: *Gli errori della giurisprudenza e i suoi trionfi.*

danno alla unità del diritto obiettivo qualora, per assurda ipotesi, esistesse in tutto lo Stato un solo tribunale: in questo caso la giurisprudenza giudiziaria servirebbe unicamente a meglio precisare e sviluppare il significato delle leggi codificate, e anche se, sulla interpretazione di qualche norma oscura, il tribunale unico cambiasse, dopo una serie di decisioni in un senso, la propria giurisprudenza nel senso contrario, questo cambiamento, che avrebbe certamente, per i motivi già esposti, una ripercussione nella pratica giuridica, non distruggerebbe la unità del diritto nello spazio, ma contribuirebbe a quella evoluzione del diritto nel tempo che, come si visto (retro, n. 21 *b*), non solo non è dannosa, ma è anzi necessaria.

Senonché questa ipotesi di un tribunale unico nello Stato non ha rispondenza nella realtà, nella quale al contrario vige per necessità pratiche il principio della pluralità degli organi giudiziarî (26), che consente la contemporanea esistenza in diverse circoscrizioni del territorio dello Stato di organi giudiziarî dello stesso grado, ognuno dei quali può esercitare nei limiti della sua circoscrizione la funzione che, nella supposizione sopra accennata, avrebbe potuto esercitare su tutto quanto il territorio quell'ipotetico tribunale unico nello Stato. Questa contemporanea pluralità dei tribunali di uno stesso grado, inevitabile in pratica per la grande estensione del territorio degli Stati moderni, per la impossibilità materiale di concentrare in un organo unico le numerosissime liti nascenti tra molte decine di milioni di sudditi e per la opportunità di decentrare in sedi prossime ai litiganti gli organi della giustizia, può costituire una grave minaccia alla unità del diritto positivo. Si può infatti pensare, se si richiama quanto sopra si è detto a proposito dell'influsso che la giurisprudenza esercita sulla interpretazione della legge, che ciascun tribunale accrediti, nella circoscrizione territoriale che da esso dipende, le sue particolari vedute giuridiche; in modo che in ogni distretto giudiziario ciascun giudice diventi l'origine e il centro di un movimento di pensiero tendente a interpretare la legge a quel modo in cui il giudice l'ha interpretata nelle sue sentenze. Questo fenomeno non avrebbe importanza finché tutti quanti i tribunali contemporaneamente esistenti in diverse circoscrizioni territoriali dello Stato ponessero a base delle loro sentenze, via via che il caso si presentasse, la stessa interpretazione della stessa norma giuridica; ma siccome questo in pratica può non accadere, sia per la diversità degli in-

(26) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, § 20, II.

flussi regionali (retro, n. 22), sia per la diversità delle concezioni scientifiche personali che specialmente si rivelano quando il giudice si trova a dover risolvere questioni nuove, di fronte alle quali non lo indirizza l'esempio della giurisprudenza precedente, così il fenomeno stesso può portare alla conseguenza che *contemporaneamente,* in diverse circoscrizioni giudiziarie dello stesso Stato, siano accolte dalla coscienza giuridica popolare, come rispondenti alla volontà della legge, molteplici interpretazioni della stessa norma giuridica tra loro disformi e inconciliabili (27). Nasce così dalla pluralità dei tribunali la pluralità contemporanea delle interpretazioni giurisprudenziali date da giudici diversi a una legge nominalmente unica nello Stato; questa contemporanea disformità della giurisprudenza produce nell'ordinamento giuridico, come ora dimostrerò, un danno *attuale* e un danno *potenziale.*

28. — *a*) Per limitarci alla ipotesi più semplice, supponiamo che contemporaneamente due organi giudiziarî di pari grado, in due diverse circoscrizioni territoriali dello Stato, si trovino, in occasione di due processi che si svolgono indipendenti l'uno dall'altro fra parti assolutamente diverse, a dover risolvere, nella premessa maggiore del sillogismo da cui deve nascere la rispettiva sentenza, la identica questione giuridica di massima, e che la risolvano in senso assolutamente opposto e contraddittorio fra loro, sicché, con fattispecie giuridicamente non dissimili, una sentenza assolva e l'altra condanni la parte convenuta. È evidente che in questo caso, se le due fattispecie che, per la ipotesi costruita, sono giuridicamente identiche, ricevono contemporaneamente, nello Stato dove vige di nome una legge sola, un trattamento giuridico profondamente diverso, si trova ad essere violato il principio costituzionale, formulato nell'art. 24 dello Statuto, secondo il quale tutti i cittadini « sono uguali dinanzi alla legge ». Si è veduto nella parte storica (Vol. I, n. 143) come il canone dell'uguaglianza di tutti i cittadini nello Stato, posto a base del nuovo ordinamento dalla Rivoluzione francese, sia stato uno dei coefficienti al sorgere del *Tribunal de cassation;* ma non oserei dire che questo canone abbia per il nostro istituto un valore puramente storico, poiché mi sembra che anche nel nostro Stato la Cassazione stia in profonda connessione con questo principio e ne costituisca anzi una delle poche, se non l'unica,

---

(27) Cfr. ZACHARIAE-CROME, *Manuale del diritto civile francese* (trad. BARASSI), I, § 35.

reale sanzione (28). È noto che il principio della uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, al pari degli altri fondamentali principi relativi ai « diritti del cittadino » che si trovano scritti nelle carte costituzionali degli Stati moderni, non dànno luogo a veri e propri diritti pubblici subiettivi (29); ma ciò non significa che questi principî abbiano perduto ogni importanza pratica e che non si possano concepire delle garanzie stabilite nell'interesse collettivo per mantenerne l'osservanza. D'altra parte si deve riconoscere che, se il principio della uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge ha un significato chiaro ed appropriato, ciò si verifica proprio nei rapporti che passano tra i cittadini e gli organi giurisdizionali. Questo principio non può significare, infatti, che il legislatore, nel porre le sue norme, debba considerare come assolutamente uguali tutti i cittadini, perché sempre vi saranno tra essi, se non altro, delle differenze fisiche che non potranno non avere qualche diversa conseguenza giuridica: ma certamente significa che, una volta posta dal legislatore una norma che astrattamente suppone il verificarsi di talune circostanze di fatto, tutti i cittadini che verranno a trovarsi in pratica in quelle tali circostanze astrattamente ipotizzate dalla norma, dovranno essere uguali di fronte all'organo giudiziario, incaricato di trarre dalla norma del legislatore le conseguenze giuridiche relative ai singoli rapporti concreti (30).

Da questo punto di vista il fenomeno della diversità contemporanea della giurisprudenza forense non è tanto un male in sé stesso, quanto è un sintomo di un danno che si è attuato non nel momento in cui due giudici diversi nello stesso Stato hanno risoluto in modo opposto la stessa questione giuridica astratta, ma nel momento in cui gli stessi due giudici, in base a queste due diverse interpretazioni di massima date da loro alla stessa legge, hanno deciso in modo diverso due rapporti di fatto uguali che cadevano entrambi sotto la medesima norma giuridica. Il principio della uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge non è leso quando l'autorità giudiziaria applica norme giuridiche diverse a diverse fattispecie; ma quando la motivazione di due sentenze, che nel loro dispositivo proclamano come volontà di legge in due diversi rap-

---

(28) Cfr. Relazione Costa al Prog. Taiani del 1886 (Atti del Senato, Legislatura XVI, Sess. 1886-87, vol. I, n. 1 e 2 A).

(29) Arangio-Ruiz (G.), *Istituzioni di dir. cost. it.*, nn. 95-96. Cfr. anche Jellineck, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi* (trad. Vitagliano, pag. 104 e segg.).

(30) Jhering, *Évolution du droit*, n. 164. Cfr. anche Cammeo, *Pretesa efficacia vincolante*, pag. 550.

porti controversi conclusioni assolutamente opposte, dimostra che i due rapporti controversi sono uguali di fatto e che quindi la diversità della conclusione non può essere derivata da altro che dalla diversità della premessa maggiore, la quale, avrebbe invece dovuto essere identica in virtù della unità del diritto positivo.

29. — *b*) La ingiuria al principio della uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge, che si verifica come conseguenza immediata della diversità della interpretazione giurisprudenziale, resta limitata alle parti interessate in quelle controversie in occasione delle quali la diversità suddetta si manifesta. Ma, oltre questo danno attuale, un danno eventuale è contenuto nella disformità della giurisprudenza, il quale minaccia di colpire tutti gli altri consociati, anche quelli che non siano stati parti in causa nelle controversie concrete. Si è già osservato, infatti, che, siccome ogni opinione giuridica espressa nella motivazione di una sentenza produce una corrente di consenso nel pensiero dei consociati (retro, n. 26), può accadere che la contemporanea enunciazione, fatta da giudici diversi, di varie interpretazioni di una stessa norma giuridica, produca nella pratica del diritto una complicata coesistenza di tendenze divergenti, la quale, in ultima analisi, si converta in una generale incertezza sul modo di intendere il diritto positivo.

In questo caso i vantaggi della unità del diritto positivo (retro, n. 20) vengono ad essere praticamente annullati, poiché, come in misura minore avviene per la diversità delle *opiniones doctorum* (retro, n. 23 in fine), la diversità delle interpretazioni forensi sostituisce, nella mente dei consociati, all'unica norma del diritto codificato, una pluralità di modi d'intendere quest'unica norma, ossia, in conclusione, una pluralità di credute norme giuridiche (31); sicché avviene, come argutamente si esprime il MORTARA (32), « che il viaggiatore, il quale percorre il territorio dello Stato, passando da una provincia a un'altra trascinato dalla rapidità della locomotiva, possa trovarsi sottoposto da ora in ora a leggi diverse in grazia delle diverse interpretazioni date dai rispettivi tribunali ad un unico testo ». Dobbiamo dire, anzi, che la disformità delle interpretazioni date contemporaneamente a una stessa legge da giudici diversi non si limita a distruggere i vantaggi che derivano dalla

---

(31) Cfr. WEISMANN, scritto cit., 177.

(32) *Comm.*, I, 65; si cfr. su questo argomento tutto ciò che lo stesso insigne A. scrive, chiarendo in modo insuperabile l'ufficio fondamentale della Cassazione, nei nn. 63-71 dello stesso volume.

unità del diritto, ma produce conseguenze dannose che vanno assai al di là della distruzione dei vantaggi già conseguiti: infatti, la sovrapposizione pratica di una giurisprudenza disforme al diritto codificato, che continua ad essere unico soltanto di nome, fa sì che nello Stato esista sul modo di intendere il diritto una confusione ed una incertezza molto maggiore e molto più penosa di quella che vi sarebbe se ufficialmente diversi diritti obiettivi fossero in vigore nelle varie regioni dello Stato. In quest'ultimo caso, infatti, pur mancando la unità del diritto estesa a tutto il territorio, la unità e quindi la certezza del diritto esisterebbe almeno nell'interno delle diverse circoscrizioni locali nelle quali lo Stato si divide; mentre, nel caso precedente, poiché le interpretazioni giurisprudenziali, pur avendo grande autorità di fatto, non hanno ufficialmente alcuna efficacia obbligatoria e non escludono quindi la possibilità di un improvviso cambiamento della giurisprudenza verso una interpretazione assolutamente opposta, i consociati non possono mai conoscere con assoluta certezza quale sia la norma che essi debbono seguire nelle esplicazioni della loro attività giuridica, e debbono di volta in volta scegliere una qualunque delle interpretazioni che si contendono il campo, conformando ad essa la propria condotta nella speranza che non ne sorgano liti, o che, ove una lite ne avesse a derivare, la fortuna faccia sì che il giudice competente a risolverla sia un seguace della tendenza scientifica che sostiene la interpretazione a caso scelta dalla parte, e non un seguace della tendenza scientifica opposta!

30. — I due principî, tra loro connessi e complementari, della unità del diritto positivo nello Stato e della uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, possono essere praticamente attuati solamente quando le minaccie che contro essi sorgono dalla inevitabile pluralità degli organi giurisdizionali dello stesso grado siano, per quanto è possibile, temperate dalla *uniformità della interpretazione giurisprudenziale.* Prima di esaminare quali sono i mezzi attraverso i quali essa può essere raggiunta, esaminiamo quali sono i limiti nei quali può praticamente interessare che essa sia mantenuta.

31. — *a*) Già si osservò (retro, n. 21 *b*) che il principio della unità di diritto deve esser inteso in relazione allo spazio, non al tempo. La stessa osservazione si può a maggior ragione ripetere per la uniformità della giurisprudenza; la quale dovrebbe intendersi perfettamente raggiunta ogniqualvolta, nello stesso momento storico, tutti quanti i tribunali dello Stato interpretassero in un

solo modo le norme del diritto positivo, e dovrebbe altresì ritenersi perfettamente mantenuta anche quando, in un momento successivo, gli stessi tribunali concordemente variassero, tutti insieme, la giurisprudenza seguìta nel momento precedente. Dicemmo, infatti, che, siccome il diritto si svolge in un perpetuo divenire, è non solo opportuno, ma assolutamente indispensabile, che la legislazione codificata sia sottoposta a brevi intervalli a quelle riforme che valgano a tenerla continuamente in contatto colle variate condizioni sociali; a più forte ragione sarebbe assurdo desiderare che la giurisprudenza, la quale per la sua mutabilità nel tempo è la più sensibile e la più preziosa registratrice delle oscillazioni anche lievi della coscienza giuridica nazionale, fosse cristallizzata e contenuta nella sua libertà di movimento e di espansione. Si è accennato (retro, n. 26) che talvolta nella giurisprudenza si può scorgere, attraverso lunghe serie di decisioni conformi, una certa tendenza alla costanza nel tempo; ma se può essere utile che, dentro giusti limiti, questa tendenza non sia ostacolata, bisogna che ciò avvenga spontaneamente, poiché ogni misura coercitiva, volta a renderne artificialmente stabile l'effetto, produrrebbe indubbiamente l'irrigidimento di quella salutare virtù di adattabilità ai tempi, senza la quale il diritto apparirebbe continuamente superato dai nuovi bisogni della società e incapace di svolgersi di pari passo con essi (33).

Ogniqualvolta, dunque, nel corso di questo Studio ho accennato o accennerò alla uniformità della giurisprudenza, ho inteso e intenderò sempre riferirmi alla uniformità nello spazio, non a quella nel tempo: alla uniformità *contemporanea,* cioè, che non esclude una disformità *successiva.* Ciò è stato sempre con molta chiarezza ripetuto dai sostenitori del sistema della Cassazione (34), anche se

---

(33) MORTARA, *Comm.*, I, pag. 72: « Altro è che l'interpretazione della norma giuridica serva, con la propria mobilità, ad adattarla ai successivi mutamenti di bisogni sociali o di circostanze, altro che essa ne vada mutando e variando l'applicazione in guise fra loro repugnanti, nel medesimo periodo di tempo ».

(34) MORTARA, l. c. nella nota precedente; MATTIROLO, *Trattato* IV, n. 994; FADDA, in « Riv. pr. di dott. e giur. », II, 858; PAOLI, in « Ann. », 1869, III, 133; SCHULTZENSTEIN, in « Z. », XVIII, § VI; MANFREDINI, *Corso di dir. giudiziario,* I, n. 743. Cfr. Relazione RIGHI, al Progetto ZANARDELLI, che diventò poi la legge 6 dic. 1888 (Atti della Camera Dep., Legisl. XVI, Sess. 2ª, Doc. n. 147 A), p. 6: « Ciò che offende in modo diretto e per poco provocatore, la coscienza delle popolazioni non è tanto la diversità dei giudizi che possono succedersi l'uno all'altro, quanto la diversità contemporanea degli stessi; poiché, nel mentre il legale considera ed è in grado di apprezzare, per le attitudini acquisite dalla sua mente, i risultati della pratica giurisprudenziale nel tempo, il popolo

non sempre sia stato con chiarezza inteso da qualche oppositore del sistema stesso, che ha creduto di scorgere un argomento fondamentale della sua opposizione nella impossibilità pratica di conseguire quella uniformità della giurisprudenza nel tempo, che mai la Cassazione è stata destinata a raggiungere (35). Si deve, anzi, osservare non solo che lo scopo della Cassazione non può esser quello di rendere stabile nel tempo la interpretazione del diritto obiettivo, quando, come si è veduto, neppure è possibile la stabilità nel tempo dello stesso diritto codificato; ma che la mobilità della giurisprudenza nel tempo deve essere molto maggiore e molto più libera di quel lento movimento di trasformazione che nel diritto codificato apportano le rare e spesso tardive riforme legislative. Il movimento evolutivo del diritto ha infatti agio di manifestarsi nella giurisprudenza in modo molto più continuo e più immediato di quanto possa ripercuotersi sulla lettera delle leggi scritte: sicché la giurisprudenza serve, con questa sua maggiore mobilità, a precorrere e a preparare le riforme che poi il legislatore introdurrà nel diritto positivo, a rivelare le tendenze secondo le quali è opportuno che tali riforme si orientino e si maturino, e ad eliminare « la tentazione di un'attività legislatrice a getto continuo, la peggiore piaga da cui possa essere minacciato il sistema parlamentare » (36).

32. — *b*) Dall'aver osservato che la uniformità della interpretazione giurisprudenziale nello spazio risponde non solo alla necessità di rendere effettiva la unità del diritto positivo raggiunta di nome nei Codici, ma anche alla necessità di garantire, nell'interesse collettivo, l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, deriva che esiste un interesse pubblico al mantenimento della uniformità della giurisprudenza anche quando questa uniformità non debba essere la salvaguardia pratica di un diritto obiettivo unico nello Stato. Abbiamo visto, infatti, come anche nello

---

ignaro non può considerarla, se così ci sia permesso di esprimerci, che unicamente nello spazio, quando cioè l'impressione derivi per esso dalla presenza relativamente simultanea di due sentenze, che si contraddicono ed i cui effetti pratici vedonsi, contemporaneamente, incarnati in altrettante persone ». Cfr. anche nello stesso senso per la Revisione germanica i motivi al § 108 del progetto (§ 137 del testo definitivo) della *GVG*, in HAHN, *Materialien*, I, 139.

(35) Argomento fondamentale di tutti gli oppositori della Cassazione: cfr. per tutti CARUSO, *Della suprema magistratura del Regno*, n. V, e ORLANDO, *Sulla unificazione della Cass. civile*, pag. 8 e segg.

(36) MORTARA, *La Corte di cass. come è e come dovrebbe essere*, pag. 536.

Stato in cui la maggior parte del diritto obiettivo è raccolta ad unità nei Codici comuni a tutto il territorio, possono aver vigore norme di diritto locale, alle quali non si è ritenuto opportuno estendere il principio della unificazione (retro, n. 21 *a*): ora, se la necessità della uniforme giurisprudenza si ritenesse sempre e soltanto un portato della conseguita unità del diritto, bisognerebbe logicamente concludere che per le norme di diritto locale non esiste necessità di interpretazione uniforme in tutto lo Stato, o che questa necessità deve intendersi ristretta a quella sola circoscrizione territoriale nei cui limiti le norme suddette hanno vigore. Così è stabilito, infatti, dalla legge processuale germanica, la quale si preoccupa di mantenere la uniformità della interpretazione giurisprudenziale, non di tutte le norme giuridiche vigenti nello Stato, ma soltanto di quelle leggi che hanno efficacia estesa a tutto l'Impero, o almeno non limitata al territorio dipendente da un solo tribunale d'appello (37). Senonché questo criterio, derivante dalla speciale forma costituzionale dello Stato federale germanico e criticato del resto anche da qualche scrittore tedesco (38), non può avere nessuna giustificazione nel nostro ordinamento unitario: infatti nella ipotesi che sul significato di una norma di diritto locale si debbano pronunciare organi giudiziarî posti nello Stato, ma fuori di quella circoscrizione territoriale in cui la norma stessa ha vigore (è possibile, infatti, che la decisione di rapporti giuridici nati entro la circoscrizione in cui quella norma ha efficacia, competa processualmente a giudici estranei a quel territorio), il principio della uguaglianza giuridica di tutti i cittadini dinanzi alla legge si mantiene intatto e impone che questa norma sia interpretata in modo uniforme da tutti i tribunali dello Stato dinanzi ai quali si trovino ad esser parte in giudizio soggetti giuridici ai quali la norma stessa possa essere applicata (39). La convenienza della uniformità della interpretazione giurisprudenziale si fa dunque sentire in un campo più vasto di quello in cui si fa sentire la convenienza della unificazione del diritto obiettivo: l'unità del diritto obiettivo diventa un nome vano se non è integrata dalla uniformità della giurisprudenza, ma non si può dire l'inverso, perché la uniformità della giurisprudenza è opportuno che sia mantenuta anche per

---

(37) *CPO*, § 549: cfr. la motivazione di questa norma in HAHN, *Materialien* I, 369; WEISMANN, *Einheitliches Recht*, pag. 180; e Vol. I, n. 216.

(38) Cfr. SONNENSCHMIDT, *Ueber das Rechtsmittel der Revision*, pag. 429 e segg.

(39) Per questo, infatti, la nostra dottrina ritiene denunciabili in Cassazione le violazioni, per esempio, dei regolamenti comunali: cfr. MORTARA, *Comm.*, I, pag. 86; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 382 e COVIELLO N., *Manuale*, pag. 47.

quelle norme che hanno efficacia limitata a una sola frazione del territorio dello Stato, anche per quelle parti del diritto obiettivo per le quali la unificazione non è stata ancora raggiunta (40).

33. — Stabilito così come sorga nello Stato un pubblico interesse al mantenimento della uniformità contemporanea della giurisprudenza nei limiti ora precisati (retro, nn. 31-32), resta da vedere quali mezzi pratici siano stati o avrebbero potuto essere escogitati dalle legislazioni per appagarlo nei limiti della possibilità materiale.

Ma può sembrare naturale, a questo punto, domandarci se non sarebbe opportuno, e se in pratica non si sia mai tentato, come si mira ad unificare le interpretazioni del diritto obiettivo che i giudici enunciano nella parte motiva delle loro sentenze, così provvedere alla unificazione delle interpretazioni che allo stesso diritto obiettivo dà nelle sue trattazioni scientifiche la dottrina, quando si è veduto (retro, n. 23) che le divergenze dottrinali sono atte a produrre dei profondi perturbamenti nella pratica del diritto. In teoria, non vi sarebbe niente di ripugnante al nostro modo di concepire la funzione della scienza giuridica, se lo Stato, pur illimitatamente rispettando la libertà di indagine e la disformità delle opinioni dottrinarie attraverso la quale si compie il progresso della scienza, promuovesse periodicamente delle riunioni nazionali di giureconsulti, per mettere in contatto le opinioni discordanti sui punti controversi della legislazione e favorire così il formarsi di spontanee conclusioni comuni: e del resto a questo scopo tendono, anche se non siano promossi dallo Stato, i congressi che di tanto in tanto hanno luogo fra i cultori delle scienze giuridiche. Ma al di là di questi mezzi che sulla formazione di un pensiero giuridico unitario hanno efficacia solo indiretta, ogni altro intervento dello Stato mirante a disciplinare direttamente il movimento della dottrina sarebbe assurdo e odioso, perché non esiste per la

---

(40) Il DEGNI, *Interpr.*, n. 57, ritiene al contrario che anche per le norme giuridiche comuni a tutto lo Stato sia opportuna una certa disformità regionale di giurisprudenza che, con una « interpretazione che tenga conto dei bisogni prevalenti delle diverse regioni » temperi gli inconvenienti della unificazione legislativa. Non riesco a capire però come questa opinione si concilii coll'insegnamento, contenuto poche pagine prima al n. 55 dello stesso volume, che il giudice applica ma non crea il diritto: se il legislatore ha emanato una *sola* norma, e cinque Corti di cassazione la interpretano in modo differente l'una dall'altra, una di esse applica il diritto voluto dal legislatore, ma le altre quattro vengono ciascuna a creare un diritto per conto proprio!

interpretazione dottrinaria la ragione, decisiva per la unificazione della interpretazione forense, della *ufficialità* dell'organo pubblico da cui emana la risoluzione del punto giuridico controverso (41). La interpretazione astratta del diritto obiettivo che il giudice compie come preparazione del vero atto giurisdizionale, se ha in teoria la sola forza di persuasione che le deriva dalla sua fondatezza scientifica (retro, n. 24), ha però nella coscienza popolare un influsso assai maggiore di quello che può avere il parere di qualunque giurista, perché il popolo vede in ogni manifestazione del giudice una espressione dell'autorità sovrana (retro, n. 25); inoltre, mentre la diversità di opinioni manifestata nelle trattazioni scientifiche di due giureconsulti, può mantenersi nel campo della teoria e non avere immediate conseguenze pratiche sugli interessi concreti di determinate persone, la diversità di interpretazione che si manifesta nelle motivazioni di due sentenze, ha immediata ripercussione pratica sulla conclusione delle sentenze stesse, e costituisce una infrazione a quel principio dell'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, che non può essere mai violato da una semplice disparità di vedute tra studiosi del diritto. Queste ragioni spiegano a sufficienza perché lo Stato si preoccupa di provvedere alla unificazione della interpretazione forense e non a quella della interpretazione dottrinaria del diritto obiettivo.

34. — *a*) Un mezzo molto sbrigativo per abolire tutti gli inconvenienti derivanti dalla disformità della interpretazione giurisprudenziale sarebbe quello di proibire ai giudici di porre nelle loro sentenze la esposizione dei motivi in fatto e in diritto che la nostra legge processuale prescrive a pena di nullità (art. 360, 361 CPC). A nessuno potrebbe venire sul serio in mente di attuare, in pratica, l'abolizione di una delle fondamentali garanzie della giustizia, qual'è l'obbligo della motivazione; vi accenno soltanto per rilevare che la diversità della giurisprudenza è una con-

---

(41) Cfr. GENY, *Méthode* cit., pag. 438. Eppure la storia mostra come spesso i legislatori, giunti a capo di una codificazione, abbiano creduto possibile di proibire ai giureconsulti di far commenti e trattati sul nuovo codice, riconoscendo così quale grande influsso può avere di fatto la dottrina sulla interpretazione del diritto obiettivo; sono note le severe pene minacciate da Giustiniano contro chi avesse osato fare un commentario alle sue leggi: L. 1, § 12; L. 2, § 21; L. 3, § 21 C. *de vet. i. enuc.*, I, 17, sulle quali cfr. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. SCIALOJA), vol. I, § 26. Cfr. quest'idea sostenuta anche modernamente in BARBACOVI, *Discorsi intorno ad alcune parti della scienza della legislazione*, vol. I, pag. 138.

seguenza dell'obbligo fatto ai giudici di motivare la loro sentenza, senza il quale la semplice proclamazione del dispositivo, che riproduce la conclusione del sillogismo, senza portare traccie delle sue premesse, non darebbe occasione al giudice di manifestare le sue opinioni sull'astratto significato delle norme giuridiche poste a base della sentenza. Ma in questo modo, per evitare la disformità della giurisprudenza, si verrebbe addirittura ad abolire la giurisprudenza medesima.

35. — *b*) Un ordinamento giuridico nel quale la disformità della interpretazione giurisprudenziale, nel senso da me precisato, non è pensabile, sarebbe quello che alla risoluzione di diritto contemplata in ogni sentenza giudiziaria desse valore di norma giuridica obbligatoria per tutti i casi simili che si ripresentassero in avvenire (42). È questo il sistema dei *precedents* degli ordinamenti anglo-americani, attraverso il quale il giudice viene ad essere un vero creatore di diritto positivo (*judge made law*) (Vol. I, nn. 242-243); questo sistema, che suppone un orientamento della tecnica giuridica assolutamente estraneo al nostro diritto, rende, almeno teoricamente, impossibile la emanazione di una sentenza che risolva una questione giuridica astratta in modo diverso da come la stessa questione sia stata già risoluta da altra sentenza passata precedentemente in giudicato: poiché il secondo giudice è sempre obbligato a conformarsi alla risoluzione presa dal suo predecessore (*stare decisis*) (Vol. I, n. 242); la quale, da quando è passata in giudicato, ha senz'altro acquistato l'efficacia di una norma generale obbligatoria. La disformità *successiva* della interpretazione giurisprudenziale viene ad essere così, ove il sistema possa essere rigidamente applicato, assolutamente abolita; in quanto alla disformità *contemporanea,* non si può escludere, neppure quando viga la obbligatorietà dei precedenti, che due giudici posti in diversa sede risolvano in senso disforme, ignorandosi a vicenda, la stessa questione giuridica che a entrambi si presenti nello stesso tempo, in occasione di due diverse controversie e che mai si era presentata fino a quel momento ad organi giudiziari: ma, in questo caso, la disformità delle due decisioni che si contraddicono e che non possono avere ambedue valore di legge, può esser corretta dalla de-

---

(42) Cfr. MEYER, *Spirito, origine e progressi delle istituzioni giudiziarie,* lib. VIII, cap. VI (vol. V della trad. italiana, pag. 89); GENY, *Méthode,* pag. 449, con citazioni delle legislazioni tedesche che adottarono questo sistema.

cisione di un giudice superiore che dia valore di *precedent* obbligatorio a una delle due risoluzioni in conflitto (43).

36. — *b*) Un altro mezzo col quale in vari momenti della storia, e specialmente nei periodi immediatamente seguenti a un lavoro di codificazione, i legislatori hanno creduto di poter recidere dalle radici la disformità della interpretazione giurisprudenziale, è stato quello di proibire ai giudici ogni sorta di interpretazione, e di affermare il principio che la risoluzione delle questioni giuridiche nascenti dalla oscurità della legge debba essere riservata al potere sovrano da cui la legge è stata emanata (interpretazione *autentica*) (44).

Questa proibizione, che talvolta, nella illusione che il diritto codificato possa chiaramente rispondere a qualunque dubbio giuridico, è stata estesa, come reazione agli arbitrî dei giudici, a tali assurde esagerazioni che, se fossero state attuate, avrebbero portato a distruggere la possibilità di ogni funzione giurisdizionale (Vol. I, n. 150), si trova in pratica, negli ordinamenti positivi che l'hanno adottata, contenuta in limiti più modesti, dai quali la esistenza di una fiorente giurisprudenza forense non viene ad essere in nessun modo impedita. Da varie legislazioni anteriori alla Rivoluzione francese era stato fatto obbligo al giudice, che si trovasse incerto sul significato da dare a una norma giuridica, di sospendere il processo, per provocare o da parte del sovrano (45), o da parte di uno speciale organo legislativo di ciò incaricato (46), una interpretazione autentica in base alla quale la lite doveva poi essere decisa: né l'istituto della interpretazione autentica o legislativa fu estraneo ai nuovi ordinamenti nati dalla Rivoluzione francese, nei quali da

---

(43) Cfr. DEGNI, *Interpr.*, n. 53; dettagli sul modo pratico col quale si sciolgono, nel diritto inglese, le contraddizioni tra *precedents* che decidono in senso diverso la stessa questione giuridica, in GERLAND, *Die englische Gerichtsverfassung* (vol. I, n. 242); e in CAMMEO, *Pretesa efficacia vincolante* cit., pag. 541 e note 3-4.

(44) Sulla interpretazione *autentica*, che si contrappone a quella *scientifica* (la quale poi si suddistingue [cfr. DEGNI, *Interpr.*, n. 32, nota 1] in *dottrinale* e in *giurisprudenziale* o *forense*, secondo che sia compiuta dagli studiosi di diritto o dai giudici) cfr. la monografia di CAMMEO, *L'interpretazione autentica;* e DEGNI, *Interpr.*, nn. 33 e segg.

(45) Per es. Ord. 1667, tit. I, art. VII, cfr. vol. I, n. 131.

(46) Per es. la *Gesetzesgebungskommission* del diritto prussiano. Cfr. vol. I, n. 204; e MEYER, *Spirito, origine e progressi*, lib. VI, cap. XVI (vol. IV della traduzione, pag. 290-291); cfr. anche SAVIGNY, *Sistema*, vol. I, § 51; DEGNI, *Interpr.*, n. 34.

principio, nell'opinione che ogni interpretazione di norme giuridiche da parte del giudice costituisse, anche se limitata al caso controverso, uno sconfinamento nel campo del potere legislativo, si dette facoltà a qualunque giudice di sospendere il processo per provocare la interpretazione legislativa (*référé facultatif*) (47), mentre in seguito, quando il Codice Napoleone ebbe accolto il principio che il giudice non può rifiutarsi di decidere sotto pretesto di oscurità della legge, il *référé* al legislatore fu considerato come una integrazione del sistema della Cassazione, una *extrema ratio* alla quale dovevasi ricorrere (*référé obligatoire*) soltanto nel caso che la unificazione della interpretazione giurisprudenziale non potesse esser conseguita attraverso uno o più esperimenti di Cassazione. Le vicende attraverso le quali passò in Francia la struttura pratica di questo *référé*, che, nei ritocchi a più riprese apportati al sistema della Cassazione, fu talora precedente, tal'altra successivo all'esaurimento della lite in cui il dubbio giuridico era nato, e dette luogo a interpretazione autentica talvolta in forma legislativa tal'altra in via regolamentare, sono note (48); ma se, da quando questo istituto del *référé* al legislatore è stato abolito, non esiste più né in Francia, né in quegli Stati che hanno preso a modello l'ordinamento francese, un mezzo col quale il giudice possa provocare la interpretazione autentica del potere legislativo, non è escluso però dai moderni ordinamenti che il legislatore possa, tutte le volte in cui ne ravvisa la necessità, intervenire di sua iniziativa a dichiarare in modo per tutti obbligatorio « il senso in cui egli intende, e il modo in cui vuole che sia applicata una legge anteriore » (49).

L'interpretazione autentica, dunque, non è più oggidì un mezzo normalmente preordinato al raggiungimento della uniformità della interpretazione giurisprudenziale: l'esperienza dei tempi andati ha, infatti, dimostrato che l'intervento del potere legislativo a risolvere ad uno ad uno gli innumerevoli dubbi giuridici che si presentano giornalmente al giudice non solo costituirebbe la distruzione di ogni garanzia di imparzialità nel prevalere della « giustizia di gabinetto » (50), ma equivarrebbe in pratica, data la lentezza con cui gli organi legislativi giungono alle loro deliberazioni,

---

(47) L. 16 agosto 1790, tit. II, art. 12. Cfr. vol. I, n. 151.

(48) Cfr. vol. I, n. 186; MORTARA, *Comm.*, I, pag. 70, nota 1; CAMMEO, scritto cit., n. 6 *d, f,* ed ivi nota 56; DEGNI, *Interpr.*, n. 35; LAURENT, *Principes de droit civil français,* n. 283.

(49) CAMMEO, scritto cit.; DEGNI, *Interpr.*, n. 36.

(50) MEYER, op. cit., lib. VI, cap. XVI cit. e lib. VIII, cap. VI (vol. V, pag. 91). LEUE, pag. 126.

alla sospensione della funzione giurisdizionale. Tuttavia, se la interpretazione autentica non costituisce, per il conseguimento della uniformità della giurisprudenza, un mezzo preordinato e normale, essa, ogni qualvolta il legislatore ritiene necessario ricorrervi, ha l'effetto di ristabilire l'unità del diritto su un punto giuridico che per la disformità delle interpretazioni giurisprudenziali era divenuto incerto e controverso: si può dire anzi che in quei casi non frequenti in cui il legislatore si decide a emanare una legge interpretativa di una legge anteriore, è indotto a ciò dal verificare che questa legge anteriore è stata, nella pratica, sostituita da una quantità di interpretazioni disformi che ne hanno distrutto la unicità e la certezza; talché il motivo che provoca la interpretazione autentica è, per solito, una disformità eccezionalmente grave di giurisprudenza sulla interpretazione di una legge di oscuro significato.

La interpretazione autentica, dunque, non può essere in pratica un mezzo adeguato per ridurre a unità tutta quanta la giurisprudenza dei tribunali di uno Stato, ma può, come misura di eccezione, contribuire a riportare la certezza e la uguaglianza del diritto in qualche punto dell'ordinamento giuridico, nel quale la discordanza delle opinioni giurisprudenziali, abbia assunto, per così dire, una forma acuta (51).

37. — *d*) L'istituto della Cassazione, per raggiungere lo scopo di mantenere nello Stato la uniformità contemporanea della interpretazione giurisprudenziale, parte da una osservazione di fatto, da me più sopra esposta (retro, n. 27): dalla osservazione, cioè che la causa pratica della disformità della giurisprudenza nello spazio si deve ricercare nella pluralità contemporanea di tribunali dello stesso grado nel territorio dello Stato. Si è già accennato che quando per astrazione si immagini un ordinamento giudiziario costituito da un solo tribunale, o da più tribunali ognuno dei quali rappresenti un grado, si comprende come in tale ordinamento ipotetico sia possibile, sì, la disformità successiva, ma non la disformità contemporanea della giurisprudenza, poiché non è pensabile che la stessa questione giuridica sia *nello stesso tempo* risoluta in più sensi disformi *dallo stesso tribunale.* Partendo da questa premessa, l'istituto della Cassazione si studia di eliminare, nei limiti

---

(51) CAMMEO, scritto cit., n. 2 *a*, pag. 310, dimostra limpidamente come la interpretazione autentica è giustificata dalla necessità di ristabilire la certezza e la uguaglianza del diritto che fa difetto in caso di norme oscure.

del possibile, i pericoli che alla uniformità della giurisprudenza derivano dalla pluralità dei tribunali, ossia di ottenere che la giurisprudenza possa prodursi in quelle condizioni in cui liberamente si produrrebbe se, invece della inevitabile pluralità dei tribunali, potesse istituirsi nello Stato quel tribunale unico che poco fa si è imaginato.

Per raggiungere questo scopo la Cassazione sfrutta ed utilizza la struttura del nostro ordinamento giudiziario, nel quale gli organi giudicanti sono disposti, come in una grande piramide ideale, in tante stratificazioni sovrapposte, che, dalla stratificazione infima, comprendente un numero maggiore di organi distribuiti in più ristrette circoscrizioni territoriali, culminano, attraverso gerarchie comprendenti un numero di organi sempre minore, distribuiti in circoscrizioni territoriali sempre più ampie, in un unico vertice, che riassume e domina tutto il dipendente organismo: la possibilità, offerta da un cosiffatto ordinamento giudiziario, di far convergere in un apice tutte le controversie che si iniziano in primo grado dinanzi a giudici territorialmente diversi e di riportare per gradi verso la unicità la molteplicità iniziale degli organi competenti a decidere, serve all'istituto della Cassazione per incanalare e per raccogliere al riesame dell'unico organo supremo tutte le interpretazioni giurisprudenziali alle quali possono aver dato luogo le controversie iniziate e svolte attraverso i gradi molteplici: in questo modo la disformità delle opinioni, portato inevitabile nei gradi inferiori dalla diversità degli organi giudicanti, si va semplificando via via che la giurisdizione si raccoglie, nei gradi intermedî, in un numero di organi sempre minore, e si elimina addirittura quando l'organo supremo, cui spetta l'ultima parola su tutte le questioni giuridiche dubbie, attrae a sé le risoluzioni discordanti, le paragona, le vaglia e le unifica collo scegliere tra le molte la più fondata.

In questo modo la Corte di cassazione, ponendosi come vertice e centro dell'ordinamento giudiziario a risolvere colla sua giurisprudenza i dissidî della giurisprudenza inferiore, mira a raggiungere lo scopo della unificazione giurisprudenziale con mezzi assolutamente diversi da quelli che, per raggiungere lo stesso scopo, abbiamo visti finora adoprati in pratica, o in teoria concepibili (retro, nn. 34-36); essa non distrugge la interpretazione giurisprudenziale, come la distruggerebbe il divieto della motivazione (retro, n. 34) o la rigorosa proibizione fatta ai giudici di interpretare le leggi (retro, n. 36); essa non la denatura, come il sistema dei *precedents* che trasforma il giudice in legislatore (retro, n. 35); essa non interviene solo nei dissidi di eccezionale gravità a risol-

vere con forza obbligatoria per l'avvenire punti giuridici singolarmente controversi, come fa la interpretazione autentica (retro, n. 36): ma, in modo continuo e normale, senza sopprimere o limitare la libertà di opinione giuridica e la indipendenza degli organi giudiziarî, senza provocare l'intervento di funzioni estranee alla giurisdizione, vince colla stessa interpretazione giurisprudenziale le diversità della interpretazione giurisprudenziale: in modo che, nel sistema della Cassazione, la giurisprudenza trova in sé medesima il rimedio dei suoi mali, il limite alle sue deviazioni.

38. — Dato così il profilo di questo istituto, il quale, per raggiungere la uniformità della interpretazione giurisprudenziale, si propone di riesaminare la risoluzione di tutte quelle questioni che possano dar luogo a disformità nella giurisprudenza, si intende che deve essere innanzi tutto escluso dall'attività della Corte di Cassazione il riesame di tutte le questioni di fatto, la cui risoluzione, derivante da circostanze tutte proprie del singolo rapporto controverso, non può mai, per sua natura, costituire un precedente capace di introdurre nella giurisprudenza pericolose tendenze alla analogia. Sappiamo che la disformità della giurisprudenza crea un perturbamento nell'ordinamento giuridico non solamente perchè distrugge, fin dal momento in cui si produce, la uguaglianza del diritto in confronto ai soggetti dei concreti rapporti controversi disformemente giudicati, ma anche perché minaccia di distruggere nell'avvenire la certezza del diritto, costituendo non solo per gli altri organi giudiziari ma anche per tutti i consociati un esempio, facilmente contagioso, di discordanza sul modo di interpretare qualche precetto giuridico: ond'è che lo Stato ha interesse ad evitare la emanazione di sentenze basate su diverse interpretazioni della stessa norma non solo per tutelare il principio della uguaglianza di tutti i sudditi dinanzi alla legge, ma anche per evitare che i giudicati discordanti siano presi ad esempio per altri giudicati, *ne sententia ad exemplum trahatur* (52).

Ora è chiaro che mai alcun giudice sarà indotto a risolvere in un modo piuttosto che in un altro la questione di fatto che si ripresenta in un processo, sol perché un altro giudice abbia dato ad una questione di fatto che si presentava in un altro processo questa o quella soluzione. La risoluzione delle questioni di fatto,

---

(52) ZACHARIAE-CROME, *Manuale*, § 35, pag. 108. La *Relazione* PISANELLI, n. 400, osserva che la Cassazione nell'interesse della legge mira a far sì che « l'*esempio* per mancanza di riprovazione non diventi causa di *novelli errori* ».

che, nella serie di sillogismi da cui risulta una sentenza, ha sempre sede in una delle premesse minori, è inevitabilmente costituita, dal punto di vista della sua struttura logica, da un giudizio su un evento singolo, che si limita a dichiarare la esistenza o il modo di essere di un rapporto concreto e specifico: la risoluzione della questione di fatto, dunque (a differenza della risoluzione della questione di diritto, la quale stabilisce qual'è, secondo il giudice, il significato che ad una certa norma si dovrebbe dare non solo nel concreto rapporto controverso, ma anche in tutta la serie dei rapporti simili che si ripresentassero in avvenire), non contiene mai una affermazione generale, la cui efficacia sia idonea ad essere estesa ad altri rapporti che con quello deciso abbiano comune qualche carattere. La decisione di fatto non è mai una decisione *di massima*: poiché dal verificare, nella lite che oggi si dibatte, che veramente Tizio si è fatto dare 1000 lire da Caio colla promessa di restituirgliele, nessun giudice può trarre argomento per ritenere, nella lite che si dibatterà domani, che nella stessa situazione di fatto si trovi Mevio di fronte a Sempronio! (53).

39. — Un'argomentazione analoga a quella ora esposta per dimostrare come al riesame della Corte di cassazione debbano essere sottratte le questioni di fatto, potrebbe apparire idonea ad essere ripetuta per escludere da questo riesame anche una parte delle questioni di diritto. È noto, infatti, che il giudice di merito, costruendo nella sua mente quella serie di sillogismi da cui deve scaturire la sentenza, si trova a dover risolvere non soltanto delle questioni di diritto *generali*, relative al significato di massima che deve esser dato in astratto a una certa norma giuridica *in thesi*, ma anche delle questioni di diritto *speciali, in hypothesi*, riguardanti la relazione che passa tra la norma giuridica e il fatto controverso, o la determinazione dei caratteri giuridici (*qualificazione giuridica*) del fatto medesimo; è noto, in altre parole, che non tutte le questioni di diritto hanno sede nelle premesse maggiori dei sillogismi da cui nasce la sentenza, ma che, al contrario, quelle che si riferiscono alla applicabilità di una norma a un rapporto concreto,

---

(53) Cfr. quanto, con ammirevole modernità di vedute, è detto da MEYER, *Spirito, origine e progressi* cit., nel lib. VIII, cap. IX (vol. V, pag. 125 della traduzione italiana). Cfr. anche il discorso dell'On. AURITI, pronunciato il 3 gennaio 1893 all'assemblea generale della Cassazione romana (in MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1005, nota 1 a pag. 905): « Il fatto è accidentale, è legato alla specialità di ciascuna causa, pel tempo, pel luogo, pei modi, per le persone; è quasi impossibile che si riproduca altra volta nelle identiche contingenze... ecc. ».

possono, come le vere questioni di fatto, aver sede nelle premesse minori. Ora, se la Corte di cassazione si preoccupa soltanto di riesaminare quelle risoluzioni giuridiche che, per il loro carattere potenzialmente generale, possono esercitare qualche influsso anche fuori del processo che le ha provocate, e introdurre nuovi orientamenti nella giurisprudenza, si potrebbe pensare che al controllo della Cassazione dovesse, come tutte le questioni di fatto, così, sfuggire il gruppo delle questioni di diritto *speciali,* dalla risoluzione delle quali sembra che non possa derivare nella giurisprudenza futura alcun perturbamento (cfr. per queste distinzioni, oltre, nn. 103-105).

Argomentazioni simili, nella sostanza se non nella forma, a quella ora riferita, prevalsero in Francia, nei decennî immediatamente seguenti alla fondazione della Corte di cassazione quando parve che essa non avesse ragione di spingersi a riesaminare quelle decisioni del giudice di merito che, pur contenendo risoluzioni di questioni di diritto concrete, non contenessero però affermazioni *di principio* diametralmente opposte a qualche norma di legge (Vol. I, n. 161). Ma poi questo modo unilaterale di concepire l'istituto tramontò in Francia dove la dottrina ammise la Cassazione per *fausse application de la loi* (Vol. I, nn. 180-182), e fu definitivamente abbandonato dalla legislazione italiana, che esplicitamente enumera, tra i motivi di cassazione, la « falsa applicazione della legge » (art. 517, n. 3°), nonché più tardi dalla legislazione germanica, dalla quale fu con particolare insistenza precisato che il riesame del supremo Tribunale di revisione deve spingersi anche a quella operazione del giudice di merito che la scienza tedesca chiama la « sussunzione del fatto sotto la norma » (Vol. I, nn. 212 e 216 *a*).

Queste più moderne concezioni dell'istituto ne colgono in modo molto più razionale e compiuto la vera natura, non solo dal punto di vista del suo scopo di nomofilachia che, come si vedrà (oltre, n. 41), reclama il suo intervento ogniqualvolta il giudice del merito sia incorso *in iudicando* in un errore di diritto, ma anche dal punto di vista del suo scopo di unificazione giurisprudenziale: infatti, se la funzione unificatrice che la Corte di cassazione esercita sulla giurisprudenza appar manifesta nei casi in cui le sentenze sottoposte al suo riesame contengono esplicite interpretazioni del significato generale ed astratto di una norma giuridica, questa funzione riesce, nella pratica, altrettanto preziosa in tutti quei casi in cui la giurisprudenza è discorde nel determinare quando nella realtà debba ritenersi verificato un negozio o un fatto giuridico che la legge definisce in modo volutamente generico e impreciso. È noto che

talora la legge indica gli estremi giuridici della fattispecie ch'essa ipotizza, con parole alquanto vaghe, il cui significato può notevolmente variare coll'evolversi della società, e che, di conseguenza, impongono al giudice, prima di decidere se la norma sia applicabile al caso concreto, di sostituire idealmente al concetto generico adoprato dal legislatore, un concetto o una serie di concetti precisi e specifici, dai quali il significato della norma esca chiaro e corrispondente alle tendenze che in quel periodo prevalgono nella coscienza giuridica dei consociati (54): in simili casi, questo lavoro col quale il giudice integra e sviluppa la norma giuridica, mettendola a contatto colla realtà pratica e facendo scaturire da questo contatto la miglior definizione del suo significato, non solo non può non ripercuotersi sulla giurisprudenza, in cui questi tentativi isolati di concretare ciò che il testo della legge contiene di men determinato si riallacciano in una ideale continuità, riposante su una comune concezione giuridica che in quel tempo prevale, ma costituisce anzi la parte più dinamica e più attiva della giurisprudenza stessa, che qui meglio che in ogni altra circostanza adempie al còmpito di ringiovanire il diritto obiettivo e di adattarlo alle esigenze moderne (55). È stato detto che queste designazioni vaghe ed elastiche, alle quali di frequente fa ricorso la tecnica legislativa, lasciando che il loro significato sia di volta in volta meglio precisato dal giudice, costituiscono le « valvole di sicurezza » del diritto obiettivo (56), o, se così si preferisce dire, gli « organi respiratori » che consentono al diritto codificato « di alimentarsi di sempre nuovo ossigeno, sì che si adatti con sufficiente elasticità e rapidità il ricambio al variare dell'atmosfera che lo circonda » (57); si intende da questo come anche il riesame delle risoluzioni date dal giudice alle questioni di diritto *in hypothesi* debba essere consentito all'organo di Cassazione, se questo deve adempiere in modo veramente efficace il suo còmpito di unificazione giurisprudenziale: non soltanto perché molte volte, come gli scrittori osservano, la qualificazione giuridica del fatto è una conseguenza della interpre-

---

(54) Su queste norme cfr. i miei scritti: *La genesi logica*, nn. 18, 23-24; *Limiti*, n. 10, e la dottrina ivi citata. Cfr. anche HAHN, *Materialien*, cit., I, 366-367.

(55) COVIELLO (L.), *De' moderni metodi di interpretazione della legge* (Prolusione univ. Palermo, 14 genn. 1908); POLACCO, *Le cabale del mondo legale;* DONATI, *Problema delle lacune*, pag. 208 e segg.; FERRARA, *Potere del legislatore e funzione del giudice*, pag. 514, e gli autori ivi citati nella nota 3.

(56) Così si esprime il WURZEL, *Das juristische Denken*, citato da DONATI, *Problema delle lacune*, nota 1 a pag. 210.

(57) POLACCO, *Le cabale del mondo legale*, pag. 172.

tazione che si dà, *in thesi*, alle parole colle quali la norma giuridica determina gli estremi giuridici della fattispecie ch'essa ipotizza, talché, in ultima analisi, il dubbio sulla applicabilità della legge al caso concreto si risolve in un dubbio sul suo significato astratto (58), ma perché la necessità pratica di conseguire la uguaglianza e la certezza nel diritto attraverso una uniforme giurisprudenza si manifesta in grado superlativo proprio nei casi in cui, per la miglior formulazione di alcuni concetti giuridici, il legislatore volutamente si è rimesso alla cooperazione del giudice.

40. — Se la giurisprudenza è il mezzo pratico nel quale il diritto positivo si precisa e si perfeziona, rivelandosi, nel continuo sforzo di adattamento alla realtà, in aspetti sempre nuovi che nella sua primitiva espressione erano contenuti solo potenzialmente, e se la Corte di cassazione viene a costituire, per necessità della sua funzione, il vertice della giurisprudenza, si intende come la Corte di cassazione sia stata a buon diritto considerata nello Stato moderno come il centro dello sviluppo del diritto (59). « Oltre alla riparazione che mano a mano apportano in ogni singolo caso agli errori delle magistrature inferiori — scrive il MORTARA a proposito delle decisioni della Cassazione (60) — le sentenze sue sono fonti di ammaestramento continuo per queste, additando le vie corrette della interpretazione della legge; sono svolgimento vivo e fecondo del diritto nazionale in tutte le sue molteplici manifestazioni, in tutti i suoi benefici adattamenti ai bisogni della civiltà e della convivenza sociale ».

Bisogna peraltro guardarsi dall'identificare, come si può esser tentati a fare in conseguenza della autorità preminente che hanno sulla evoluzione giurisprudenziale le decisioni della Corte di cassazione, la funzione della Cassazione colla funzione della giurisprudenza. La importantissima collaborazione che sullo sviluppo del diritto obiettivo esercita, come si è veduto (retro, n. 25), la inter-

(58) Questo concetto è sviluppato da STAHL, nei suoi scritti sulla revisione (citati nel vol. I, *Letteratura* del Capo VI), e specialmente in quello intitolato *Zur Lehre von der Revision* (in « C. A. », 1884), pag. 97: contro STEIN, *Das private Wissen des Richters*, pag. 118-119, che cita in nota 47 gli autori favorevoli a questa concezione, e qualifica « Constructionen » le loro teorie. Cfr. anche GENY, *Méthode* cit., pag. 565-566.

(59) « Zentrum der Rechtsentwickelung » chiama WEISMANN, *Einheitliches Recht*, 178, il Tribunale dell'impero; e ZACHARIAE-CROME, *Manuale*, pag. 106, definisce la C. di cass. « come il centro dell'interpretazione della legge e come garanzia per l'unità della interpretazione ».

(60) *La Corte di cassazione come è e come dovrebbe essere*, pag. 536.

pretazione giurisprudenziale, non si può considerare come un « monopolio » della Corte di cassazione, quasi essa fosse stata istituita per svolgere in modo esclusivo nello Stato quell'opera di elaborazione giuridica che gradualmente si compie attraverso la giurisprudenza forense. Quando qualche scrittore parla della Corte di cassazione di Francia come di un organo che è riuscito mirabilmente a adattare alle esigenze nuove una legislazione ormai antiquata (61); quando altri afferma che studiare l'ufficio della giurisprudenza equivale a studiare l'ufficio della Cassazione (62); quando si citano, come creazioni della Corte di cassazione, principî giuridici che sono stati aggiunti al diritto codificato dalla giurisprudenza (63); quando finalmente si insegna che il problema fondamentale della tecnica giuridica relativo ai limiti nei quali la interpretazione può esser considerata come fonte di diritto positivo equivale al problema relativo ai limiti imposti al controllo della Corte di cassazione (64), — in tutti questi casi si dicono forse cose sostanzialmente giuste, ma, per una specie di illusione ottica, si perde di vista la funzione caratteristica e peculiare dell'istituto, e si cerca di definirlo attraverso un carattere che esso possiede in misura superiore a quello degli altri organi giudiziari, ma che, ad ogni modo, possiede a comune con essi. Occorre invece ricordare, se si vuol tener presente il vero scopo della Cassazione e correttamente definirla, che essa non è stata istituita per interpretare il diritto obiettivo, ma per *unificare* quel lavoro di interpretazione giurisprudenziale che viene compiuto in collaborazione di tutti quanti gli organi giudiziari: questo lavoro di interpretazione giurisprudenziale appare evidente, e, per così dire messo a nudo, quando giunge alla Corte di cassazione la quale può tutta dedicarvisi, senza perder tempo nelle lunghe e complicate risoluzioni di fatto che assorbono gran parte della attività dei giudici di merito; ma non si può per questo disconoscere che anche l'attività dei giudici di merito, in quanto essi formulino, nella motivazione delle loro sentenze, risoluzioni di questioni giuridiche, esercita sul diritto

---

(61) Cfr. HAEGER, *Der französische Zivilprozess und die deutsche Zivilprozessreform*, pag. 50; SCHMIDT, *Das Reichsgericht und die deutsche Rechtswissenschaft*, pag. 231.

(62) MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence*, pag. 164: « A vrai dire notre étude aurait pu s'intituler — *Du rôle et des droits de la Cour de cassation en matière civile* — car à elle seule appartient, en résumé, la direction de la jurisprudence ».

(63) GARSONNET, *Traité*, I, § 94; e SCHMIDT, l. c.

(64) GENY, *Méthode* cit., pag. 557.

obiettivo quello stesso influsso che, su più larga scala, esercitano su di esso le decisioni supreme della Corte di cassazione. Non queste sole decisioni supreme formano la *giurisprudenza,* ma tutte le decisioni di tutti gli organismi giudiziarî dello Stato, dai moltissimi infimi all'unico supremo: ciò che invece costituisce la peculiarità dell'organo di Cassazione non è dunque l'influsso che essa, colle sue decisioni, può esercitare sulla interpretazione del diritto obiettivo, ma l'opera che essa, in virtù della sua unicità, può svolgere sulla giurisprudenza di tutti i tribunali dello Stato, per eliminare da essa le interpretazioni discordanti. Che poi le decisioni della Cassazione costituiscano la parte più autorevole della giurisprudenza, questo è conseguenza, non scopo dell'istituto; lo scopo di esso, giova ripeterlo, è quello di rimediare agli inconvenienti che derivano alla interpretazione giurisprudenziale dalla pluralità degli organi giudiziarî dello stesso grado: se questa pluralità si potesse abolire e potesse esser sufficiente nello Stato un organo giudiziario unico, la necessità della Corte di cassazione come organo unificatore della giurisprudenza verrebbe evidentemente a cessare, ma non per questo verrebbe a cessare, abolita la Cassazione, la interpretazione giurisprudenziale e l'influsso vivificatore ch'essa esercita nel diritto obiettivo.

Capitolo IV

LA COMBINAZIONE DELLO SCOPO DI NOMOFILACHIA COLLO SCOPO DI UNIFICAZIONE GIURISPRUDENZIALE

Sommario: 41. I due aspetti (*negativo* e *positivo*) dello scopo della Cassazione. — 42. Alle origini dell'istituto prevale il primo, in seguito appare prevalente il secondo, ma ambedue coesistono anche nell'ordinamento odierno. — 43. Cenno su progetti di riforma che tendono ad attuare lo scopo di unificazione giurisprudenziale, trascurando quello di nomofilachia. — 44. Necessità di tutelare anche l'altro scopo. — 45. I due scopi si unificano in quello della « esatta interpretazione della legge ». — 46. Come la interpretazione scelta dalla Corte di cassazione si debba considerare come la unica esatta. — 47. Giustificazione di questo principio. — 48. Posizione preminente che di conseguenza assume la Corte di cassazione sulla giurisprudenza. — 49. In che consiste la diversità tra i due interessi pubblici, notata al n. 9.

41. — Si è esaminato così, nei suoi due aspetti, la funzione di controllo giuridico che esercita la Corte di cassazione sulla attività degli organi giurisdizionali di merito: e si è veduto che questo controllo, nell'intento originario di verificare che sia rigorosamente osservata dal giudice la norma di diritto costituzionale che gli impone di giudicare *secundum ius*, si concreta in un potere di riesame del giudice di cassazione sulla risoluzione data dal giudice di merito alle questioni di diritto presentatesi a questo durante il lavoro logico da cui nasce la sentenza (*in iudicando*).

Entro questi limiti, il potere di controllo giuridico proprio della Corte di cassazione si presenta così sotto due aspetti:

A) [cfr. Capit. II] *sotto un aspetto negativo,* in quanto tende a impedire che gli organi giurisdizionali si valgano del potere di comandare in concreto che ad essi lo Stato ha delegato, sottraendosi a quella norma fondamentale, la cui osservanza costituisce la condizione *sine qua non* di quel potere: da questo punto di vista la Corte di cassazione riafferma l'autorità della legge di fronte al giudice, in modo esclusivamente negativo, poiché si limita a toglier vigore al singolo atto che il giudice abbia compiuto eccedendo i confini del suo potere;

B) [cfr. Capit. III] *sotto un aspetto positivo,* in quanto tende ad assicurare nello Stato la uniformità della giurisprudenza e quindi la unità e la uguaglianza del diritto obiettivo, attraverso la revisione e la cernita delle diverse interpretazioni di una stessa norma giuridica coesistenti nella giurisprudenza a causa della pluralità contemporanea degli organi giudiziarî di uno stesso grado: da questo punto di vista, la Corte di cassazione non si limita a distruggere, ma contribuisce potentemente a disciplinare e a fissare quella feconda opera di integrazione del diritto obiettivo che è compiuta ininterrottamente dalla giurisprudenza.

42. — Questi due aspetti della funzione esercitata dalla Cassazione non sono apparsi contemporaneamente nello sviluppo storico dell'istituto e di conseguenza non sono stati contemporaneamente apprezzati e messi in luce dalla dottrina. Nei decennî immediatamente seguenti alla fondazione del *Tribunal de cassation* in Francia, sembrò alla dottrina che lo scopo prevalente, anzi l'unico, dell'istituto fosse quello della difesa della legge dagli arbitrî del potere giudiziario: e questa concezione non poteva dirsi errata, quando l'organo di Cassazione era posto fuori dell'ordinamento giudiziario, in una situazione intermedia tra il potere legislativo e il potere giurisdizionale che gli permetteva di censurare l'attività dei giudici senza partecipare ad essa (vol. I, n. 177) (1). In seguito, quando la Corte di cassazione assunse la posizione di un Tribunale supremo, essa si trovò ad essere a poco a poco assorbita entro quello stesso ordinamento giudiziario ch'essa doveva in origine sorvegliare dal difuori; e da allora la originaria funzione di nomofilachia restò in parte vuotata del suo contenuto, e ad essa prevalse la funzione di unificazione giurisprudenziale. Non per questo la dottrina sembrò, peraltro, accorgersi della trasformazione, e anche quando l'istituto fu trasferito in Italia, in mezzo a condizioni politiche assolutamente diverse da quelle in cui si trovava la Francia nei primi anni della Rivoluzione, i nostri più eminenti giureconsulti videro sopra tutto nella Corte di cassazione l'esercizio di un « potere censorio destinato a mantenere inviolata l'osservanza della legge » (2) ed a « contenere nella sua sfera il potere giudiziario » (3), e parve taluno (4) ritenere che il

(1) Cfr. *Relazione al disegno Orlando di Riforme al CPC,* 24 maggio 1909 (« Atti del Parlamento », Camera dei Dep., Legisl. XXIII, Sess. 1909-13, n. 147), capo III.

(2) *Relazione* PISANELLI, n. 385.

(3) PISANELLI, *Della Corte di cassazione,* pag. 82.

(4) Ibid., pag. 84-91. Dice « *parve* ritenere », perché lo stesso PISANELLI che

raggiungimento della uniformità della giurisprudenza, conseguenza possibile ma non necessaria della Corte di cassazione, non costituisse in nessun modo uno scopo di questo istituto.

Lo scopo di unificazione giurisprudenziale che, poco tempo dopo la istituzione della Cassazione in Francia era stato mirabilmente compreso e descritto dal MEYER (5), fu studiato di prevalenza dalla dottrina tedesca, la quale vide nella Revisione un istituto sopra tutto destinato a mantenere nell'ordinamento germanico la unità del diritto (Vol. I, nn. 214-215); ma oggidì i nostri processualisti si soffermano a mettere in luce anche nella nostra Cassazione questa funzione di unificazione giurisprudenziale, della quale dà sopra tutti un'idea precisa e compiuta il MORTARA nel suo *Commentario* (6) e in altri suoi scritti (7).

Non credo peraltro, quantunque lo scopo di unificazione della giurisprudenza sia oggi prevalente anche nella nostra Cassazione, che lo scopo di nomofilachia possa senz'altro essere considerato come una sopravvivenza storica che non abbia alcuna ragion d'essere nella concezione più moderna dell'istituto. Certo, sarebbe ormai un anacronismo scorgere nella Cassazione soltanto quella salvaguardia politica del principio della separazione dei poteri che vi scorgeva l'Assemblea Nazionale; ma è certo altresì che, quando attentamente si considerino le norme che regolano l'istituto nel nostro diritto positivo, si deve riconoscere che il solo scopo di unificazione giurisprudenziale non basta a render piena ragione del modo con cui esso agisce, e che la funzione di unificazione deve essere anche oggi considerata in rapporto alla funzione di nomofilachia, che la chiarisce e la integra. Così il complesso ed altissimo ufficio che la Cassazione adempie nel nostro ordinamento non può essere inteso se non da chi contemporaneamente ne tenga presenti i due scopi, che, quantunque si possano separatamente considerare nella ricerca scientifica, si intrecciano e si compenetrano

---

nel 1859 scriveva quanto è esposto nelle pagine sopra citate, pubblicate poi, come si sa, nel 1875, considerava nel 1865, in un discorso parlamentare che sarà citato nel testo, la unificazione della giurisprudenza come *uno degli scopi* della Cassazione.

(5) *Spirito, origine e progressi delle istituzioni giudiziarie,* lib. VIII, cap. IX (vol. V della trad. it., pag. 118 e segg.).

(6) I, nn. 60-71.

(7) *La Corte di cassazione come è e come dovrebbe essere; Della necessità urgente di restaurare la Corte di cassazione*: cfr. vol. I, n. 271, nota 2, pag. 756 [ora nel vol. VI delle *Opere*, nota 69, pag. 687]. Tra gli scritti francesi cfr. specialmente il JAPIOT, *Traité*, n. 393, dove sono accennate diverse idee da me svolte in questo Capitolo.

fino a coincidere nella concreta realtà, in cui quasi sempre si riducono a non essere più che due diverse apparenze di uno stesso fenomeno: questa dualità di scopi, che si integrano e si illuminano a vicenda, non fu del resto ignota neppure a coloro che, nel periodo della unificazione legislativa, furono gli inspiratori del nostro sistema giudiziario: il PISANELLI (che pure altra volta aveva negato che la Corte di cassazione avesse a scopo la unificazione della giurisprudenza) (8) affermava alla Camera dei Deputati come due scopi diversi dello stesso istituto quello di « impedire al giudice di surrogare alla legge il proprio arbitrio » e quello di « mantenere la uniformità della giurisprudenza » (9); e, nella stessa occasione, il MANCINI asseriva che la Cassazione da un lato deve « farsi scudo e difesa costante della legge contro il potere del giudice », dall'altro « provvedere alla uniformità della giurisprudenza » (10).

43. — Ho detto (retro, n. 42) che il solo scopo della unificazione giurisprudenziale non basta a spiegare il funzionamento dell'organo di Cassazione nel nostro diritto. In verità, se questo fosse l'unico suo scopo, il controllo della Corte di cassazione dovrebbe essere limitato a quei soli casi nei quali, fra i tribunali di merito, si fosse già verificata quella pluralità contemporanea di interpretazioni discordanti che viene a distruggere la uniformità della giurisprudenza; ma non dovrebbe estendersi, come invece si estende in realtà, a tutte le risoluzioni di questioni giuridiche, anche a quelle che non abbiano mai dato occasione a pluralità di interpretazioni o che per la prima volta si presentino all'esame di un solo giudice.

Una limitazione dell'attività dell'organo di Cassazione, inspirata a permetterne l'intervento solamente in quei casi in cui fosse in giuoco la uniformità della interpretazione giurisprudenziale, se non si trova attuata da nessun ordinamento positivo, è stata però ripetutamente proposta da disegni di riforma che non son giunti a trasformarsi in legge.

Il progetto di riforma della Cassazione elaborato nel 1892 dal Circolo giuridico di Palermo (oltre, n. 130, *b*, *α*) e quello preparato nel 1900 dal Ministro GIANTURCO colla collaborazione del LESSONA (Vol. I, n. 271, *r*, testo e note; ed oltre, n. 130, *b*, β), e restato inedito, miravano a tutelare lo scopo della unificazione della giurisprudenza

(8) Cfr. retro, nota 4.

(9) Camera Deputati, 20 febbraio 1865 (Discussioni, Legislat. VIII, Sess. II, 3ª per., pag. 4747).

(10) *Ibid.*, 4751.

a preferenza di quello della nomofilachia, in quanto, considerando le attuali Corti di cassazioni regionali come Sezioni della Corte di cassazione unica residente a Roma, permettevano, contro la sentenza del giudice di rinvio (Prog. del Circ. giuridico) o contro quella della Sezione che statuiva sul merito (Prog. GIANTURCO) un ulteriore ricorso alla Cassazione di Roma a Sezioni unite, limitato però al caso in cui la decisione pronunciata da una Sezione regionale fosse contraria alla decisione pronunciata da un'altra o dalla stessa Sezione, in occasione di un diverso rapporto controverso, ma sulla stessa questione giuridica di massima (11). In questi due progetti, che costituiscono indubbiamente i tentativi più serî e più originali di raggiungere la uniformità della giurisprudenza senza materialmente unificare le Corti di cassazione, il ricorso alle Sezioni Unite viene dunque ristretto a quei casi in cui già si è manifestata fra le Sezioni regionali, attraverso sentenze discordanti, una disparità di opinioni sulla risoluzione di uno stesso dubbio giuridico; talché, mentre alle Sezioni regionali è affidato il compito di riesaminare senza limiti tutte le questioni di diritto risolute dai giudici di merito allo scopo di controllare che da questi giudici la legge sia stata rettamente osservata, alle sole Sezioni Unite è riservato il còmpito ben diverso di riesaminare quelle non frequenti questioni in cui è necessario scegliere una sola interpretazione tra due o più tendenze che si trovino a conflitto nella giurisprudenza.

Qualcosa di simile si trova in un « progetto per la trasformazione della Revisione » presentato nel 1913 dallo SCHULZ (12), il quale vorrebbe che il riesame della risoluzione data dal giudice di appello (*Oberlandesgericht*) alla questione di diritto potesse aver luogo presso il Tribunale di revisione (*Reichsgericht*) solamente quando lo stesso giudice di appello ne riconoscesse la ammissibilità (13): tale riconoscimento di ammissibilità dovrebbe, poi, essere facoltativo quando si trattasse di questioni di diritto dubbie, e obbligatorio, quando si trattasse di una questione di diritto che il giudice di appello avesse decisa in modo diverso da come essa fosse già stata precedentemente risolta dal Tribunale di revisione, o, nel caso che da questo la stessa questione non fosse stata precedentemente risolta, da come essa fosse già stata decisa in casi

---

(11) Cfr. oltre, n. 130; e LESSONA, *La réforme judiciaire en Italie* (« Rev. trim. », 1903, pag. 345), pag. 353; ID., Annotazione, a pag. 201 della trad. it. del GARSONNET, *Trattato*, vol. I.

(12) *Ein Vorschlag zur Umgestaltung des Rechtsmittels der Revision* (*Festschrift für* WACH, I, 385).

(13) *Vorschlag* cit., *Leitsätze*, n. 2 (pag. 385).

simili da altri giudici di appello (14). Questo sistema, il quale limiterebbe il controllo dell'organo di revisione a quei soli casi in cui la uniformità della giurisprudenza e quindi la certezza del diritto fossero minacciate da sentenze inspirate a concezioni giuridiche discordanti (15), lascia da parte ogni considerazione desunta dallo scopo di nomofilachia: esso infatti, restringendo la revisione obbligatoria ai soli casi in cui si è prodotta una pluralità di sentenze discordanti, viene implicitamente ad escludere che la revisione possa servire a censurare la violazione di legge, in sé e per sé considerata, tutte le volte in cui questa violazione, commessa dal giudice *in iudicando*, resti isolata, senza portare come conseguenza una incertezza nella interpretazione giurisprudenziale.

44. — I progetti di riforma sopra citati provano che l'interesse dello Stato al mantenimento della uniformità della giurisprudenza sarebbe perfettamente soddisfatto anche quando il controllo dell'organo di Cassazione fosse limitato ai soli casi in cui già si è verificato nella giurisprudenza un inizio di disformità; se questa limitazione non esiste negli ordinamenti positivi, dobbiamo ritenere che accanto all'interesse al mantenimento della uniforme interpretazione, lo Stato intenda tutelare, in tutti quei casi in cui ammette il controllo della Cassazione quantunque l'uniformità della giurisprudenza non sia in pericolo, un altro interesse, che è appunto quello della nomofilachia.

È evidente, infatti, che si possono verificare dei casi nei quali, pur non trovandosi nella sentenza del giudice nessuna minaccia alla uniformità della interpretazione giurisprudenziale, la sentenza stessa si basi però *in iudicando* su un evidente errore di diritto, che renda necessario, per l'immediata repressione, l'intervento dell'organo censorio. Si è veduto che il bisogno della uniformità della giurisprudenza nasce dalla coesistenza nello Stato di più tribunali dello stesso grado (retro, n. 27); talché in uno Stato in cui, per ipotesi, esiste un solo organo giudiziario, o più organi investiti ciascuno di una diversa competenza per grado nella stessa circoscrizione territoriale, non esiste possibilità di giurisprudenza disforme nello spazio, né conseguente necessità di un organo adibito

---

(14) *Ibid.*, n. 3: « Das Oberlandesgericht ist berechtig, in zweifelhaften Rechtsfragen die Zulässigkeit der Revision festzusetzen, dazu verpflichtet, wenn es die in dem Rechtsfall auftretende Rechsfrage anders entschieden hat, als das Reichsgericht oder, falls von diesem die Rechtsfrage noch nicht entschieden ist, als andere Oberlandesgerichte sie in gleichen oder ähnlichen Fällen entschieden haben ».

(15) Cfr. la motivazione, *ibidem*, pag. 391-392 (7-8 dell'Estratto).

ad unificarla. Eppure, anche in questo Stato nel quale la disformità contemporanea della giurisprudenza è materialmente esclusa, non è esclusa affatto la possibilità che l'unico organo giudiziario, nel pronunciare una sentenza, ponga a base del suo sillogismo una affermazione giuridica che contraddica alla legge: onde, anche scendendo fuor dalle ipotesi nella realtà degli ordinamenti positivi, possiamo comprendere per qual ragione gli ordinamenti politici anteriori alla Rivoluzione francese, pur ignorando l'idea di un organo destinato a unificare la giurisprudenza, conoscessero istituti censorî rivolti a mantenere l'autorità della legge (Vol. I, n. 80), e per qual ragione, perfino in un minuscolo organismo politico quale è il Principato di Monaco, ove la ristrettezza del territorio e la conseguente esiguità del numero dei tribunali rendono impossibile ogni disformità della giurisprudenza nello spazio, si sia tuttavia sentito il bisogno di creare al vertice dell'embrionale ordinamento giudiziario un *Conseil de revision*, incaricato di riesaminare se i giudici di merito siano incorsi in violazioni di legge (Vol. I, n. 228 in nota).

Né è detto che, anche in un ordinamento giudiziario in cui coesista una pluralità di organi dello stesso grado, non sia possibile raffigurare dei casi in cui si ha violazione di legge senza che si abbia contemporaneamente una minaccia alla uniformità della giurisprudenza. Si pensi al caso di un giudice che per la prima volta risolve, in modo contrario alla legge, una questione di diritto, che mai prima di ora si era presentata alla risoluzione dei tribunali; si pensi sopratutto al caso teoricamente possibile e, sembra, non assolutamente sconosciuto alla pratica (16), in cui tutti i giudici di uno stesso grado esistenti in uno Stato si accordino tacitamente nel rifiutarsi di applicare una legge nuova che, appena emanata, ha suscitato qualche ostilità in una parte della opinione pubblica, o nel dare concordemente ad essa una interpretazione diversa da quella vera. In simili ipotesi non c'è dissidio di interpretazioni giurisprudenziali; ma c'è senza dubbio da parte dei giudici una infrazione del dovere che essi hanno di applicare il diritto vigente, contro la quale il controllo giuridico dell'organo di Cassazione deve indubbiamente intervenire.

45. — Anche la Cassazione dell'ordinamento italiano, pur così diversa nella sua forma da quella originaria, risponde dunque a due interessi pubblici, che possono eccezionalmente, come si è visto,

(16) MEYER, *Spirito, origine e progressi delle ist. giud.*, lib. VIII, cap. IX (vol. V della trad. it.), pag. 120-121.

manifestarsi come distinti: l'interesse alla *osservanza della legge,* e l'interesse alla *uniformità della giurisprudenza*; l'interesse alla interpretazione *uniforme,* e l'interesse alla interpretazione *vera* del diritto positivo. Questi due interessi, che, in casi eccezionali, possono apparire separati, di regola si coordinano e coincidono. L'interesse al mantenimento della osservanza della legge, se si fa sentire anche quando si sia verificato in una sentenza un *error iuris in iudicando* isolato, che non sia capace in sé stesso di produrre alcuna disformità di giurisprudenza (retro, n. 44), appare, in ogni caso, preordinato al raggiungimento della uniforme interpretazione giurisprudenziale, perchè esso mira, attraverso il riesame della risoluzione viziata da un errore di diritto *in iudicando*, a far prevalere una risoluzione conforme alla legge, ossia a far prevalere, sulle interpretazioni non conformi alla legge che, data la infinita possibilità di errori, possono essere molteplici e tra loro discordanti, la interpretazione conforme alla legge che non può essere che *una.* Inversamente, l'interesse al mantenimento della giurisprudenza uniforme è il miglior alleato della nomofilachia: infatti, tra le diverse interpretazioni di una stessa norma giuridica, la coesistenza contemporanea delle quali distruggerebbe la uniformità della giurisprudenza, l'organo unificatore sceglie e fa prevalere quella che corrisponde al vero significato della legge, ed elimina tutte le altre interpretazioni, le quali, non essendo conformi alla unica interpretazione vera, sono anche di conseguenza non conformi alla legge. Le garanzie che mirano a far sì che il giudice, nella premessa maggiore del suo sillogismo, ponga una massima giuridica conforme alla legge, sono anche, per necessità, garanzie della uniformità giurisprudenziale; come le cautele poste per raggiungere la uniformità nella interpretazione giurisprudenziale contribuiscono in pratica a mantenere inviolata la autorità della legge.

46. — Senonché, può sorgere a questo punto una obiezione molto naturale. È indubbio — si può infatti osservare — che quando l'organo di Cassazione sceglie una qualunque tra le diverse interpretazioni di una certa norma apparse nella giurisprudenza, esso attua con questo l'interesse alla unificazione giurisprudenziale, perché su una diversità di opinioni fa prevalere una opinione sola; ma, d'altra parte chi garantisce che l'organo unificatore, nel ristabilire la interpretazione unica, ristabilisca anche la interpretazione *vera*? Come si fa, in altre parole, ad esser sicuri che la uniformità della giurisprudenza sia sempre raggiunta attraverso l'osservanza della legge?

A corroborare questa osservazione, qualcuno potrebbe avanzare una ipotesi: che anche la Corte di cassazione, dinanzi a una legge la cui applicazione trovasse ostilità tra i giudici di merito (retro, n. 44), invece di ristabilire contro di essi la autorità del precetto violato, si accordasse con loro per negargli osservanza: in tale evenienza la Cassazione servirebbe, sì, a unificare la giurisprudenza, ma questo scopo sarebbe ottenuto a spese della legge, che, dalla ribellione dell'organo insindacabile destinato a difenderla, si verrebbe a trovare praticamente frustrata (17).

Contro questa ipotesi si può anzitutto replicare che la concezione attraverso la quale i rivoluzionari francesi vedevano la Stato come un giuoco di tre poteri tra loro cozzanti, nel quale ai tentativi di predominio di ciascuno era reciproco freno la ostilità degli altri due rivali, non ha più alcuna verosimiglianza nello Stato costituzionale moderno: onde, anche se oggidì la Corte di cassazione, entrata a far parte dell'ordinamento giudiziario, non ha più quel carattere di organo indipendente e intermedio, che nei suoi primi tempi parve garantire la sua imparzialità tra giudici e legge (Vol. I, n. 152), nessuno può con serietà temere che nel nostro ordinamento giuridico si possa proprio effettuare in pratica questa specie di congiura ai danni della legge tra i giudici di merito e l'organo di controllo, il quale, creato per mantenere l'osservanza della legalità, si servirebbe così del suo potere per consumarne la violazione (18).

Ma, anche a prescindere da questa osservazione che alla ipotesi teorica oppone la assurdità e la inverosimiglianza della sua realizzazione pratica, un altro ordine di considerazioni può servire a dimostrare anche dal punto di vista teorico la irrilevanza della ipotesi stessa. Quando si parla di una interpretazione *vera*, contrapposta ad una interpretazione *falsa* della stessa legge, si intende sempre riferirsi ad un concetto di verità o di falsità relativa, desunta cioè da un ragionamento che può essere più o meno persuasivo, ma che non può mai portare alla certezza assoluta e inconfutabile: infatti, per poter stabilire in modo incontrovertibile che una qualsiasi interpretazione di legge è falsa, bisognerebbe possedere come termine di paragone quella interpretazione vera alla quale il concetto di falsità si riferisce; ma siccome quella interpretazione vera non si può ottenere se non con un procedi-

(17) Cfr. MEYER, *Spirito, origine e progressi delle ist. giu.*, lib. VIII, cap. IX (vol. V della trad. it.), pag. 134. Cfr. anche HOLZSCHUHER, *Rechtsweg*, pag. 131-132.

(18) Cfr. FERRARA, *Potere del legislatore* cit., pag. 508.

mento logico analogo a quello col quale altri giunge alla interpretazione falsa, così la verità o la falsità della interpretazione non è mai un dato di fatto obiettivo, ma è sempre il risultato di un apprezzamento subiettivo eminentemente variabile ed incerto. Il dato di fatto obiettivo sul quale tutti possono trovarsi d'accordo è la lettera della legge, ogniqualvolta la questione giuridica sia tale che possa rientrare nella ipotesi di una norma scritta; ma, quando dal testo della legge si tratta di risalire al significato di essa, nessuno può arrogarsi il monopolio di conoscere, ad esclusione di qualsiasi altra indagine scientifica, il significato vero da darsi a quel testo. Di fronte a una legge oscura che ammette una molteplicità di interpretazioni sembrerebbe che l'unico mezzo per stabilire il suo vero significato fosse quello della interpretazione autentica, perché il solo legislatore, infatti, parrebbe in grado di conoscere qual'era il significato che egli stesso intendeva dare alla legge quando la emanò; e tuttavia neanche la interpretazione autentica contiene una garanzia assoluta di esattezza, sia perché, negli Stati moderni, la legge non è espressione della volontà di una sola persona fisica, che, anche dopo aver compiuto l'atto legislativo, serbi memoria della intenzione che ad esso presiedette (19), sia perché, anche se fosse possibile far ricorso a questa sopravvivente memoria individuale, interpretazione esatta non potrebbe dirsi mai quella che volesse stabilire il significato della legge ricostruendo fuori di essa una volontà soggettiva non giunta a manifestarsi nel testo, ma soltanto quella che desumesse la volontà del legislatore dalle espressioni di essa contenute nella legge obiettivamente considerata (20). Dimostrato, così, che neppure la stessa interpretazione autentica contiene la assoluta garanzia di essere la interpretazione scientificamente esatta della legge, si intende a maggior ragione come non si possa escludere che la interpretazione scelta dalla Corte di cassazione fra le diverse opinioni in conflitto sia meno esatta e meno corretta di un'altra interpretazione che la stessa Corte di cassazione respinge; ma si comprende anche, appunto perché non si ha possibilità materiale di accertare in modo assoluto quale sia la vera interpretazione di una legge oscura, come sia opportuno per mantenere la certezza e la uguaglianza del diritto, considerare ufficialmente come interpretazione *vera* della legge quella che viene scelta dall'organo unificatore della giurisprudenza come interpretazione *unica*.

---

(19) Cfr. CAMMEO, *Interpr. aut.*, 2, *e*, α.

(20) COVIELLO N., *Manuale*, § 23.

47. — In qualcuno degli antichi ordinamenti assolutistici, nei quali si verificava la unione del potere legislativo col supremo potere giurisdizionale nella stessa persona del sovrano, abbiamo visto attribuita efficacia di vera e propria legge a quelle risoluzioni di questioni giuridiche che il sovrano, o l'organo che lo rappresentava, rilasciava nell'esercizio della sua funzione giudiziaria (Vol. I, nn. 94-95): un sistema analogo qualcuno ha proposto di riprodurre anche nell'ordinamento pubblico odierno (21), dando alle risoluzioni di dubbî giuridici emesse dall'organo destinato alla unificazione giurisprudenziale il valore di vere e proprie interpretazioni legislative. Sarebbe questo un modo artificioso, ma sbrigativo, per ottenere che la interpretazione unica, scelta dall'organo di controllo tra le diverse interpretazioni discordanti apparse nella giurisprudenza, fosse sempre corrispondente alla legge; imperocché essa stessa, per il solo fatto di essere prescelta, assumerebbe forza obbligatoria per tutti i casi futuri e verrebbe a rendere *ipso facto* illegali tutte le altre interpretazioni disformi da essa, anche se originariamente queste fossero state, scientificamente, più vicine di quella prescelta al significato vero della legge da interpretare.

Questo sistema, però, del quale si può discutere in *iure condendo* (oltre, n. 129), non è per ora adottato dagli ordinamenti positivi (22), i quali ammettono invece che le decisioni di massima, emesse dal tribunale di cassazione o di revisione, non abbiano valore di legge per i casi consimili che si ripresenteranno nell'avvenire alla decisione giudiziaria, e lascino quindi anche nel futuro la più ampia libertà di interpretazione non solo ai giudici del merito ma anche allo stesso tribunale di cassazione, che potrà con una interpretazione successiva variare su quel punto la propria giurisprudenza. Eppure, anche se la interpretazione scelta dalla Cassazione non ha forza di legge, non è per questo meno vero che essa, fino a quando non sia variata da un'altra decisione della stessa Cassazione o non sia dichiarata erronea da una legge interpretativa che adotti sullo stesso punto dibattuto una opinione diversa da quella finora seguita dalla Cassazione, si considera, fra tutte le interpretazioni giurisprudenziali, come la sola esatta e

---

(21) Per più precise notizie, cfr. vol. I, n. 188 in nota, e oltre, in questo volume, n. 129 *a*. Qui basti ricordare come il Progetto della Commissione Senatoria deferiva alla Corte di cassazione di Roma la interpretazione autentica in materia civile (Cfr. Allegato III al Disegno Taiani, 25 nov. 1885. Documenti della Cam. Dep., Legisl. XV, Sess. 1882-86, vol. XXIII, n. 348, pag. 450).

(22) Per il sistema anglo-sassone dei *precedents* obbligatorî, nel quale non le sole decisioni dei Tribunali supremi, ma tutte le decisioni giudiziarie hanno forza di legge, cfr. retro, n. 35, e vol. I, n. 242.

conforme alla legge. L'art. 122 LOG, dichiarando che la Corte di cassazione « è istituita per mantenere la *esatta* osservanza della legge », dimostra che la interpretazione data dalla Corte di cassazione alle leggi è ritenuta, finché non sia variata da altra interpretazione data dalla stessa Corte e dal potere legislativo, come la unica interpretazione « esatta », e se l'art. 517 del CPC permette alla Corte di cassazione, quando la interpretazione che questa dà a una norma giuridica sia diversa dalla interpretazione data alla stessa norma dal giudice di merito, di far prevalere la sua opinione (23) e di considerare la opinione del giudice di merito come « violazione o falsa applicazione della legge », è chiaro che, nel conflitto tra la interpretazione giuridica seguìta dai giudici e la interpretazione giuridica prescelta dall'organo di controllo, il nostro ordinamento non dà la preferenza a quella che abbia per sé un più forte sussidio di ragioni scientifiche, ma dà sistematicamente la preferenza a quella prescelta dalla Corte di cassazione, che si considera, per il solo fatto che è prescelta dalla Corte di cassazione, come l'unica conforme alla legge.

Si intende così come, se può benissimo darsi che dal punto di vista scientifico la interpretazione seguìta dalla Corte di cassazione appaia al giurista erronea od inesatta, dal punto di vista dell'ordinamento pubblico è perfettamente ozioso discutere sulla possibilità che l'organo di cassazione dia una interpretazione non conforme alla legge. La Corte di cassazione è, di volta in volta, la depositaria del vero significato che si deve dare alla legge nel singolo processo: la sua interpretazione non può, giuridicamente, non essere conforme alla legge, perché il nostro ordinamento pubblico vuole che la vera interpretazione della legge nel singolo processo sia quella, e soltanto quella, che è seguìta dalla Corte di cassazione. La risoluzione di un dubbio giuridico *in thesi*, contenuta in una sentenza di un giudice di merito, può essere dimostrata ufficialmente falsa o inesatta soltanto perché c'è, nel successivo riesame della Corte di cassazione, la pietra di paragone sulla quale si potrà misurare la falsità e la inesattezza; ma, quando una decisione di massima è pronunciata dalla Cassazione, non esiste alcun altro termine ufficiale di confronto all'infuori di essa, ed essa porta in sé stessa, per il solo fatto che è pronunciata, la dichiarazione della sua conformità alla legge.

Per le decisioni di massima pronunciate dall'organo unificatore della giurisprudenza si potrebbe dunque ripetere, colle debite variazioni, quel ragionamento che la dottrina fa per dimostrare

(23) Vedremo in seguito in che modo e in che misura: oltre, n. 126.

come la efficacia dichiarativa della sentenza passata in giudicato non sia distrutta dalla possibilità pratica che la volontà dichiarata nella conclusione del sillogismo giudiziale non corrisponda alla concreta volontà di legge effettivamente esistente: si osserva infatti che « giuridicamente la volontà della legge è ciò che il giudice afferma essere la volontà della legge » (24), e che pertanto non esiste ufficialmente un termine di riferimento al quale la sentenza possa essere paragonata per indicare se la volontà dichiarata coincide o non coincide colla volontà vera della legge. Sappiamo che la autorità della interpretazione giuridica *in thesi* contenuta nella motivazione di una sentenza non ha nulla di comune colla autorità di cosa giudicata limitata al dispositivo (retro, n. 24); né, pertanto, si può senz'altro adattare il ragionamento sopra riferito alla decisione di massima data dalla Cassazione, che è la interpretazione di un dubbio giuridico in astratto, e non la dichiarazione della esistenza di una volontà di legge concreta; pur tuttavia le due situazioni sono in parte analoghe, perché, come la sentenza del giudice passata in giudicato è sempre, ufficialmente, l'unica esatta dichiarazione della consueta volontà di legge già nota per il caso controverso, così la decisione *in thesi* contenuta nella pronuncia della Cassazione, è, sempre, ufficialmente, l'unica esatta interpretazione della norma giuridica da applicare (25).

48. — Quanto si è detto finora ci permette di meglio intendere la ragione per la quale, nella pratica del diritto, si identifica spesso la funzione della giurisprudenza colla funzione della Corte di cassazione, e si considera come esclusivo còmpito di essa quella ininterrotta opera di interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo, alla quale in realtà collaborano indistintamente tutti gli organi della gerarchia giudiziaria (retro, n. 40).

Infatti, se tutti quanti i giudici, enunciando nella motivazione delle loro sentenze delle opinioni di massima, possono più o meno profondamente influire sull'orientamento della coscienza giuridica nazionale, la sola Corte di Cassazione ha, per così dire, il *monopolio* di enunciare la unica interpretazione ufficialmente conforme alla legge, inquantoché essa sola ha il potere di considerare « vio-

---

(24) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 79; cfr. anche il mio scritto *Vizî della sentenza* cit., n. 8, e ROCCO (Ugo), *Cosa giudicata*, n. 18.

(25) Cfr. FEUERBACH, *Betrachtungen*, II, pag. 103: « Naturalmente, la Corte di cassazione considera come *vero* senso della legge nelle interpretazioni dubbie soltanto la sua opinione, e cassa per contravvenzione alla legge le sentenze che si basano su una interpretazione di legge diversa da quella ammessa da lei ».

lazione o falsa applicazione di legge » tutte le dottrine giuridiche, enunciate dai giudici di merito, che non siano conformi alle sue vedute, e di far prevalere ad esse, nel singolo processo, la sua unica interpretazione (art. 547 cpv. CPC). E' vero che la interpretazione data dalla Corte di cassazione non ha forza obbligatoria al di là del caso concreto che l'ha provocata (retro, n. 24 e n. 47), e che la stessa Corte di cassazione può abbandonare in una decisione successiva, la dottrina professata finora, o veder respinta definitivamente la dottrina stessa da una interpretazione legislativa; ma è anche vero, in pratica, che finché questo fatto nuovo non si sia verificato, la interpretazione della Cassazione appare nello Stato come la unica interpretazione della legge, di fronte alla quale tutte le interpretazioni giuridiche da essa discordanti sono dichiarate false ed illegali. Ciò, naturalmente, accresce d'assai l'efficacia di fatto delle interpretazioni preferite da questo organo supremo; l'opinione giuridica professata da un giudice di merito non si può contrapporre alla opinione giuridica professata dalla Corte di cassazione in condizioni di parità, poiché rischia sempre, per il solo fatto di essere in opposizione con questa, di esser dichiarata in opposizione col diritto obiettivo; è naturale pertanto che le decisioni della Corte di Cassazione abbiano di fatto sulla giurisprudenza una autorità prevalente e direttiva.

Si intende altresì, da quanto più sopra si è detto, la ragione per la quale, quantunque le interpretazioni dei dubbî di legge enunciate dalla Corte di cassazione abbiano giuridicamente efficacia ristretta al solo caso controverso che le ha occasionate, esse esercitano anche, in tutti i casi consimili che si ripresentino in avvenire ai giudici di merito, un notevole influsso. Il giudice sa infatti, quando alla sua decisione si presenta una questione di diritto che è già stata altra volta risoluta dalla Corte di cassazione, che se egli sceglierà nel risolvere la stessa questione una dottrina diversa da quella professata dalla Cassazione, incorrerà forse nella censura dell'organo di controllo, il quale probabilmente nella nuova decisione riconfermerà su quel punto la sua giurisprudenza: quindi, quantunque il giudice di merito sia libero di giudicare ogni questione secondo il suo personale modo di vedere e senza avere alcun obbligo di mostrarsi ligio ai precedenti, molte volte un calcolo delle probabilità lo porta a seguire l'opinione della Corte di cassazione anche se non gli sembra scientificamente giusta, unicamente perché prevede che, se seguisse l'opinione contraria, la Corte di cassazione la disapproverebbe e si varrebbe di quei mezzi che l'ordinamento pubblico le consente per far prevalere la sua opinione su qualunque altra opinione disforme (oltre, n. 126).

49. — Dopo aver visto in qual modo si integrino e si coordinino nello stesso istituto lo scopo di nomofilachia e quello di unificazione giurisprudenziale, possiamo finalmente rispondere alla domanda posta all'inizio della nostra indagine (retro, n. 9) e vedere chiaramente per quali caratteri l'interesse pubblico che sta a base della Cassazione differisca da quell'interesse pubblico per il cui soddisfacimento funzionano i comuni organi giurisdizionali.

Le considerazioni svolte finora ci permettono infatti di stabilire che quando l'art. 122 LOG pone come scopo della Corte di cassazione il mantenimento della « esatta osservanza delle leggi », non intende riferirsi a quella osservanza concreta dei singoli precetti giuridici che può essere compiuta soltanto dai destinatarî dei precetti stessi (retro, n. 5), ma intende piuttosto significare la esatta « *interpretazione* delle leggi » da parte del giudice, la esatta intelligenza del significato delle norme giuridiche da parte di coloro che sono ufficialmente incaricati di dichiarare nei casi controversi quali siano le concrete volontà dalle norme stesse nascenti. Talché, mentre gli organi giurisdizionali funzionano per garantire che le specifiche volontà di legge nate all'indirizzo dei privati dal coincidere delle fattispecie reali colla fattispecie legale siano attuate in concreto anche quando manchi la spontanea osservanza da parte dei loro destinatari, l'organo di Cassazione funziona per garantire che gli organi giurisdizionali, quando deducono la esistenza di queste specifiche volontà dalle norme generali che costituiscono il diritto obiettivo, intendano queste norme nel loro esatto significato astratto. All'interesse pubblico dell'attuazione concreta del diritto obiettivo nella sua volontà specializzata, si contrappone così l'interesse pubblico alla esatta (e quindi uniforme) interpretazione del diritto obiettivo nella sua volontà generale (26). Il diritto obiettivo si considera così in due diversi momenti: gli organi giurisdizionali lo considerano nel suo momento attuale, come concreto comando diretto al singolo, e costituiscono un controllo giuridico sui privati, in quanto mirano ad ottenere che questo concreto comando sia ad ogni costo eseguito (retro, n. 7 *a*); l'organo di Cassazione lo considera nel suo momento potenziale, come comando astratto diretto a una pluralità eventuale di soggetti non ancora determinati, e costituisce un controllo giuridico sugli organi giurisdizionali, in quanto mira ad ottenere che questo comando astratto sia esattamente inteso nel suo significato di massima, ogni qual

(26) Il CHIOVENDA parla (*Principii*, pag. 397) di un « interesse generale della osservanza della legge come norma astratta per parte degli organi giurisdizionali ».

volta gli organi giurisdizionali debbano dedurre da esso l'esistenza di quei comandi concreti che a loro volta sono chiamati a controllare.

Non sembra pertanto, data questa fondamentale differenza fra l'interesse pubblico a cui serve la funzione giurisdizionale e l'interesse pubblico a cui serve la Cassazione, che si possa invocare l'esistenza di questo istituto come conferma della concezione obiettiva dello scopo del processo civile accolta dalla dottrina moderna (27). Nel dibattito tra coloro che vedono nel processo civile un mezzo di difesa dei diritti subiettivi funzionante nell'interesse privato, e coloro che vedono in esso un mezzo per soddisfare l'interesse pubblico all'attuazione del diritto obiettivo nella sua volontà concreta, il CHIOVENDA, tra gli altri argomenti addotti per dimostrare la fondatezza di questa seconda concezione, ha osservato (28) che la prevalenza dello scopo oggettivo nel processo è dimostrata dall'istituto del ricorso in Cassazione nell'interesse della legge; a lui ha obiettato il SIMONCELLI, sostenitore della concezione contraria, che « quell'istituto è pro, non contro la nostra tesi; per una concezione tutta oggettiva il processo dovrebbe sempre, non talora soltanto, emanciparsi dall'interesse privato » (29). Ora, pur ritenendo che, tra le due concezioni, si debba dare tutta la preferenza alla prima (oltre, n. 50), mi sembra però che dall'esistenza del ricorso per cassazione nell'interesse della legge non possa trarsi argomento a favore di nessuna tra le due concezioni in conflitto: se, infatti, l'istituto della Cassazione risponde, come si è visto, a un interesse pubblico ben diverso da quell'interesse pubblico che sta a base della funzione giurisdizionale, la Corte di cassazione, quando annulla « nell'interesse della legge » (articolo 519 CPC e 148 LOG) la sentenza denunciata dal Pubblico Ministero, non ha di mira l'attuazione concreta della effettiva volontà di legge colla quale non coincide il dispositivo della sentenza basata su un *error iuris in iudicando,* ma ha di mira la conservazione della esatta interpretazione della norma astratta, che è stata disconosciuta dalla motivazione della sentenza medesima. L'*interesse della legge,* di cui si parla comunemente in tema di Cassazione, vuol dire dunque nient'altro che l'*interesse pubblico all'esatta interpretazione del significato astratto della legge,* assolutamente distinto dall'interesse pubblico all'attuazione dei precetti concreti nascenti dalla norma astratta esattamente interpretata.

---

(27) Cfr. CHIOVENDA, *Principii,* § 2, e gli Autori ivi citati. Retro, capit. II; oltre, n. 50.

(28) *Azione* (in *Saggi,* pag. 9, in nota 6); anche RANELLETTI, *Principii,* pag. 254.

(29) *Diritto giudiziario,* pag. 8-9, nota 1.

CAPO SECONDO

IMPULSO PUBBLICO E IMPULSO PRIVATO PER IL RAGGIUNGIMENTO DELLO SCOPO DELLA CASSAZIONE

CAPITOLO V

L'IMPULSO PUBBLICO ALLA CASSAZIONE (RICORSO NELL'INTERESSE DELLA LEGGE)

SOMMARIO: 50. Lo Stato ha un interesse diretto all'attuazione del diritto obiettivo nelle sue volontà concrete. — 51. Di regola il soddisfacimento di questo interesse è affidato in materia civile alla iniziativa privata. — 52. Eccezione in caso di leggi di ordine pubblico: in che senso si dice che in questo caso il P. M. promuove « l'osservanza della legge ». — 53. Iniziativa pubblica per l'attuazione del diritto penale: il P. M. nel processo penale. — 54. Il potere di controllo del sovrano sui funzionarî giudiziarî nello Stato dispotico. — 55. Come in seguito fu investito dell'esercizio di questo potere uno speciale organo di controllo, di natura esecutiva. — 56. Trasformazione nello Stato moderno del potere di cassazione in diritto di cassazione, e carattere giurisdizionale assunto dall'organo di cassazione. — 57. Il ricorso nell'interesse della legge, mezzo con cui lo Stato fa valere in via giurisdizionale il suo diritto di cassazione. — 58. Come in questo caso l'interesse pubblico all'attuazione del diritto obiettivo nelle sue volontà concrete si mostri separato dall'interesse pubblico all'esatta interpretazione del diritto obiettivo nella sua volontà astratta. — 59. La cassazione nell'interesse della legge ha carattere giurisdizionale? Posizione del problema. — 60. *a*) Dal punto di vista del diritto subiettivo tutelato: α) se esista un diritto subiettivo dello Stato all'osservanza della legge da parte dei giudici; β) applicazione alla Cassazione del concetto di « giurisdizione di mero diritto obiettivo ». — 61. *b*) Dal punto di vista degli effetti della cassazione: si spiega la mancanza di effetti *inter partes*: α) ricorrendo al concetto di transazione; β) o a quello di sentenza dichiarativa. — 62. Cenni sulla struttura del rapporto processuale quando la Cassazione giudica nell'interesse della legge.

50. — È stato autorevolmente osservato (1) che la profonda diversità delle conclusioni alle quali giungono varie tendenze

(1) ROCCO AL., *Sentenza civile*, n. 9.

della dottrina esaminando il problema dello « scopo del processo civile » (2) (retro, n. 6-7) ha la sua origine nella diversità dell'angolo visuale dal quale il problema stesso è considerato da scrittori diversi: poiché, mentre coloro, che attribuiscono al processo lo scopo della difesa dei diritti subiettivi, considerano la giustizia dallo stesso punto di vista da cui la considerano i litiganti, coloro, che pongono a scopo del processo la attuazione del diritto obiettivo, guardano il processo dal punto di vista da cui lo guarda lo Stato. Certo è che nel processo civile, accanto e al disopra dell'interesse privato delle parti, si trova in giuoco anche un interesse pubblico che appare caratteristico e prevalente quando si voglia aver chiara la nozione della funzione giurisdizionale. Questo interesse pubblico, dal quale qualche Autore ha desunto la esistenza di un vero e proprio *diritto subiettivo di giurisdizione* spettante allo Stato (3), viene di solito considerato come un interesse *riflesso*, in quanto « ha per contenuto il soddisfacimento di interessi non statuali, ma individuali » (4): si dice, infatti, che lo Stato, il quale si è assunto la funzione giurisdizionale vietando contemporaneamente ai consociati di far ricorso alla difesa privata, può assicurare il soddisfacimento dell'interesse pubblico alla pacifica convivenza sociale solamente attraverso il soddisfacimento di quelli interessi individuali che per essere soddisfatti si rivolgono appunto agli organi della giurisdizione (5). Senonché sembra che l'interesse pubblico, per il soddisfacimento del quale lo Stato esercita la funzione giurisdizionale, possa da un altro lato esser considerato come un interesse *diretto* dello Stato, il quale vede in ogni infrazione, commessa dai sudditi, di quei concreti precetti che il verificarsi delle fattispecie pratiche fa di volta in volta scaturire dalle norme giuridiche, una menomazione della sua sovranità e quindi un attentato alla sua stessa esistenza, contro la quale, indipendentemente dal soddisfacimento degli interessi privati che il precetto concreto garantisce, lo Stato sente il bisogno di reagire, per riconfermare sé stesso nella riconferma del diritto violato (6). In pratica il soddisfacimento di questo interesse *diretto* dello Stato alla attuazione delle concrete volontà di diritto obiettivo può coincidere col soddisfacimento dell'interesse *riflesso* dello Stato, di cui prima si è discorso, poiché nel diritto

---

(2) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 66.

(3) ROCCO AL., *Sentenza civile*, pag. 21; conforme, ROCCO UGO, *Cosa giudicata*, pag. 216, nota 1. Contro: RANELLETTI, *Principii*, pag. 253, nota.

(4) ROCCO AL., *ibidem*.

(5) Cfr. ROCCO UGO, *Cosa giudicata*, n. 79.

(6) SCHMIDT, *Staatslehre*, I, 207.

privato, di regola; il concreto precetto giuridico non scaturisce dalla norma generale, se non in quanto il titolare di un interesse individuale, appartenente a una di quelle categorie di interessi che la norma tutela in astratto, faccia diventar concreta la tutela col manifestare la sua volontà di perseguire l'interesse medesimo (7); pur tuttavia non sembra potersi negare che in molti casi la inerzia del titolare dell'interesse privato non basta ad impedire il verificarsi obiettivo di una inesecuzione di una concreta volontà di legge, di una reale non coincidenza tra lo stato di fatto e il precetto giuridico che dal fatto scaturisce: onde può, in questi casi, accadere che lo Stato, pur non avendo interesse *riflesso* a soddisfare l'interesse individuale che non si dimostra desideroso di tutela, abbia però interesse *diretto* a riaffermare la efficacia del diritto anche in quella singola volontà concreta che l'inerzia dell'interessato lascerebbe ineseguita (8). Questo secondo aspetto dell'interesse pubblico che lo Stato mira a soddisfare attraverso l'esercizio della funzione giurisdizionale civile, sembrami che sia forse più caratteristico dell'altro aspetto, già messo in luce dalla dottrina, quando considera questo interesse pubblico come un interesse essenzialmente riflesso: lo Stato, attraverso la funzione giurisdizionale, mira, infatti, innanzi tutto a riaffermare nel caso singolo la volontà generale da esso manifestata nella norma giuridica, a proseguire in statuizioni concrete relative a speciali rapporti di fatto le statuizioni astratte formulate nell'esercizio della funzione legislativa (9), a mantenere la sua autorità tutte le volte che essa ha occasione di provare, nel contatto colla realtà pratica, la sua capacità di farsi valere.

51. — Si potrebbe teoricamente immaginare (10) che lo Stato, per ottenere che i concreti precetti nascenti dalle norme giuridiche fossero in ogni caso eseguiti nel pubblico interesse, nonostante l'inerzia del singolo interessato, mettesse in moto di propria ini-

---

(7) Rocco Al., *Sentenza civile*, pag. 79: « nei rapporti di diritto privato un interesse non è tutelato se non in quanto il titolare di esso, o chi è autorizzato a voler per lui, lo prosegua colla sua volontà ».

(8) Sulle conseguenze che nel diritto privato può avere sulla autorità del diritto obiettivo la inerzia dei titolari dei diritti subiettivi, cfr. Jhering, *La lotta pel diritto* cit., cap. IV (pag. 180 e segg. della Traduzione).

(9) Mortara, *Comm.*, I, n. 16.

(10) Kohler, *Prozess als Rechtsverhältniss*, pag. 17; Chiovenda, *L'azione*, n. 2, e nota 5; contro: Rocco Al., *Sentenza civile*, n. 31, nota, 2; Rocco Ugo, *Cosa giudicata*, pag. 248, nota 1; cfr. anche Schmidt, *Lehrbuch*, § 63, I.

ziativa gli organi giurisdizionali, allo scopo di conseguire, anche nel campo dei rapporti privati, una compiuta attuazione del diritto obiettivo. Questo sistema, idealmente possibile, non verrebbe a distruggere il principio « *ne procedat iudex ex officio* », fondamento del nostro processo e dello stesso concetto di giurisdizione; poiché lo Stato, affidando a organi diversi il còmpito di far valere diversi interessi pubblici, potrebbe attribuire, come attribuisce nella giurisdizione penale (oltre, n. 53), a un organo speciale (P. M.) il còmpito di dare di volta in volta impulso agli organi della funzione giurisdizionale, i quali dovrebbero imparzialmente decidere sul conflitto nascente tra l'interesse dello Stato a ottenere l'attuazione del diritto obiettivo nel caso concreto e l'interesse del privato che mirasse a mantenere uno stato di fatto contrario al diritto (11).

Senonché nella pratica questo sistema che, con richiamo terminologico alla pubblicità dell'azione penale (art. 1 CPP), potrebbe dirsi della « azione civile pubblica », non è seguìto dallo Stato: non solo perché molte volte la concreta volontà di legge, che lo Stato avrebbe interesse a veder attuata, non nasce se non come conseguenza di una manifestazione di volontà individuale (retro, n. 50), ma anche perché lo Stato intende che sulla esecuzione dei concreti precetti di diritto privato nessuna vigilanza più alacre e più attenta è pensabile di quella che possono esercitare i privati stessi, i quali sanno che dalla esecuzione delle concrete volontà di legge dipende il soddisfacimento dei loro interessi individuali da queste volontà tutelati. Lo Stato capisce, insomma, per esperienza ormai secolare, che il « sentimento del diritto » dei consociati, se può talvolta degenerare in spirito di litigiosità, non cade mai nell'eccesso opposto, né mai si ottunde fino al punto di rendere abituale, nel campo del diritto privato, la mancanza di reazione alla illegalità: talché si può esser sicuri che nella massima parte dei casi basta la iniziativa privata, che volontariamente imprende la « lotta per il diritto » (12), a ottenere, insieme colla soddisfazione degli interessi individuali, anche la attuazione del diritto obiettivo, interesse

---

(11) Questo conflitto, però, sarebbe più apparente che reale, perché, come avviene nel processo penale (cfr. MANZINI, *Trattato di proc. pen.* I, 206), lo Stato promuoverebbe la giurisdizione unicamente per attuare la legge nell'interesse sociale, talché, se anche il giudice desse ragione al convenuto, dichiarando la sua condotta conforme al diritto, non potrebbe dirsi che lo Stato, formalmente attore in giudizio, uscisse perciò soccombente dall'esperimento giurisdizionale, perché avrebbe in ogni caso raggiunto la attuazione di ciò che il giudice avesse dichiarato diritto.

(12) Cfr. *passim* l'opera più volte citata di JHERING, *La lotta per il diritto.*

essenzialmente pubblico. Lo Stato, pertanto, affida alla attività privata il soddisfacimento dell'interesse diretto che esso ha alla attuazione del diritto obiettivo: e i privati, nel promuovere l'intervento della giurisdizione a tutela dei loro interessi individuali, si fanno inconsciamente strumenti della utilità sociale, che considera il risultato del processo da un punto di vista diverso e più alto di quello strettamente individuale da cui lo considerano i litiganti.

52. — Se di regola lo Stato si astiene dal dare l'impulso all'esercizio della giurisdizione, rimettendo alla iniziativa dei privati il soddisfacimento del pubblico interesse all'attuazione del diritto obiettivo nelle sue volontà concrete, si hanno però dei casi eccezionali in cui lo Stato persegue direttamente questo suo interesse, dando incarico ad un suo organo di mettere in moto gli organi giurisdizionali per ottenere da essi la attuazione, nelle due fasi dell'accertamento (art. 140 LOG, cpv. 1°) e della esecuzione (art. 144 cpv.) di una concreta volontà di diritto privato. Questo eccezionale intervento del principio di ufficialità nel processo civile non tocca, come si è avvertito (retro, n. 51) la massima « *nemo iudex sine actore* », poiché anche in questi casi in cui la attuazione giurisdizionale del diritto privato non è promossa da un privato, si fa attore lo Stato rappresentato dal P. M., organo di natura amministrativa ben distinto dal giudice (13); onde anche qui il processo è iniziato su domanda di parte (14).

La ragione per la quale, in questi casi eccezionali non sembra allo Stato che il rimettersi alla attività dei privati sia garanzia sufficiente per l'attuazione delle concrete volontà nascenti dal

---

(13) I casi in cui il P. M. si fa eccezionalmente attore in una causa civile sono accennati da ROCCO AL., *La sentenza civile*, n. 31, nota 2 (conforme ROCCO UGO, *Cosa giudicata*, pag. 248, nota 1), e specificatamente enumerati da CHIOVENDA, *Principii*, pag. 460. Si ha poi anche qualche rarissimo caso (art. 684, 688 C. Co.) in cui l'organo giurisdizionale si mette in moto d'ufficio, senza che il P. M. assuma la parte di attore: cfr. però quanto su questi rari casi scrive SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 63, I.

(14) Che il P. M. attore nelle cause civili debba considerarsi parte è opinione comune: cfr. CHIOVENDA, *Principii*, 580; *Condanna nelle spese*, nn. 208-222; MATTIROLO, *Trattato*, I n. 517 e segg; REDENTI, *Giudizio civile con pluralità di parti*, nota 72 (pag. 90); DIANA, *L'unità del processo e della dottrina processuale*, n. 12; MANZINI, *Trattato proc. pen.*, I, pag. 432, per le ipotesi contemplate dagli art. 2, 64, 471 CPP. Cfr. anche HELLWIG, *System*, § 66, nota 3. Il punto è invece dibattuto per il P. M. nel processo penale: MANZINI, *ibidem;* e soprattutto FLORIAN, *Il processo penale e il nuovo Codice*, nn. 53 e segg; cfr. anche DIANA, *L'unità del processo*, nn. 14 e seguenti.

diritto obiettivo, deve ricercarsi nella speciale natura delle norme, delle quali nei giudizî civili promossi dal P. M. si chiede l'applicazione: si tratta, infatti, di norme, che pur appartenendo al diritto privato, rivestono però un carattere *d'ordine pubblico* (art. 139 LOG) (15), in forza del quale lo Stato vuol supplire alla trascuranza in cui esse fossero eventualmente lasciate dalla inerzia dei privati interessati a chiederne in giudizio l'attuazione.

Se le attribuzioni del Pubblico Ministero nel nostro ordinamento si trovano delineate, nell'art. 139 LOG, con una frase (« veglia all'osservanza delle leggi ») molto somigliante a quella con cui l'art. 122 della stessa Legge definisce le attribuzioni della Corte di Cassazione, si intende però da quanto finora si è detto che la osservanza delle leggi che il P. M. mira a conseguire quando si fa attore in un processo civile nei casi sopra accennati, è qualcosa di assai diverso da quella « esatta osservanza delle leggi » che la Corte di Cassazione è destinata a mantenere nel senso e nei limiti precisati nei precedenti Capitoli (specialmente n. 49): infatti lo Stato, quando autorizza il P. M. a procedere per via d'azione nelle materie civili, vuole con ciò evitare i danni nascenti dalla inesecuzione del concreto precetto giuridico da parte del privato suo destinatario, vuole ottenere, cioé, l'attuazione di quella volontà di legge specializzata che il giudice deve accertare nella conclusione della sua sentenza. Qui dunque, come il privato che inizia una lite, così lo Stato per mezzo del P.M. mira, sia pure per diverso scopo (retro, n. 50), a ottenere una sentenza giusta nel suo dispositivo, una corretta applicazione di legge al caso pratico, non una corretta interpretazione giurisprudenziale della legge nel suo significato astratto. *Osservanza della legge,* dunque, può significare due cose perfettamente diverse, secondoché il controllarla si consideri come còmpito della Corte di Cassazione o come còmpito del P. M.: nel primo caso, come sappiamo, vuol dire esatta interpretazione del significato astratto della legge da parte degli organi giurisdizionali; nel secondo caso, vuol dire attuazione giurisdizionale della volontà concreta della legge sostanziale, quando questa non sia volontariamente osservata (cioé eseguita) da parte del suo destinatario.

53. — Quello che nel campo della giurisdizione costituisce l'eccezione, diventa la regola nel campo del processo penale, nel

---

(15) Sulla difficile determinazione di questo concetto cfr. Coviello (N.), *Manuale* § 6, n. 2°.

quale l'azione penale è sempre pubblica ed esercitata dal P. M. (art. 1 CPP, art. 140 LOG) (16). È nota la evoluzione attraverso la quale il potere punitivo, che nello Stato dispotico aveva carattere esclusivamente esecutivo, si è trasformato nello Stato moderno in un vero e proprio diritto subiettivo di punire, che nel diritto obiettivo trova rigorosa disciplina (17). Originariamente l'accusa e il giudizio sulla fondatezza della medesima non sono funzioni distinte di organi separati, ma si trovano sovrapposte e confuse in un organo solo (processo penale inquisitorio) (18); in seguito però lo Stato rinuncia a esercitare il suo diritto subiettivo di punire, che sta in conflitto col diritto di libertà dell'accusato, prima che la esistenza di una concreta volontà di legge che garantisca quel suo diritto subiettivo sia stata accertata da un organo imparziale, cioè dal giudice penale. Lo Stato, dunque, assoggettandosi per il soddisfacimento del suo interesse punitivo all'accertamento giurisdizionale, impone a sé stesso, nel campo penale, il divieto dell'autodifesa (19): e quantunque concettualmente lo Stato sia unico nelle molteplici manifestazioni della sua sovranità, tuttavia, poiché nella realtà esso è impersonato dai suoi organi, accade che nel processo penale lo Stato si presenti contemporaneamente in due vesti profondamente diverse corrispondenti ai due diversi interessi pubblici che ivi si trovano in giuoco, cioè nella veste di accusatore (P. M.) per far valere il suo interesse alla punizione del colpevole, e nella veste di giudice, per soddisfare l'interesse pubblico all'attuazione del diritto obiettivo (20).

L'interesse pubblico per il quale lo Stato esercita, in veste di giudice, la giurisdizione penale, è dunque in tutto simile a quello che sta a base (retro, n. 50) della giurisdizione civile: nell'un caso come nell'altro, cioè, lo Stato mira ad ottenere per mezzo degli organi giudiziarî la concreta attuazione di volontà di legge che si sono già prodotte per il coincidere delle fattispecie reali colle fattispecie astrattamente ipotizzate dalle norme giuridiche; e su questa fondamentale unicità della funzione giurisdizionale non porta

---

(16) Cfr. MANZINI, *Trattato di proc. pen.*, n. 52.

(17) ROCCO AR., *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, specialmente a pag. 508, nota 1. Contro: LANZA, *Querela*, pag. 145.

(18) Cfr. FLORIAN, *Il processo penale e il nuovo Codice*, nn. 34 e seguenti.

(19) MORTARA, *Comm.*, I, nn. 22-24; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 325; ROCCO AL., *Sentenza civile*, n. 7.

(20) ROCCO AL., *Sentenza civile*, n. 7; BATTAGLINI, *Diritto di querela*, pag. 89. Cfr. anche VACCHELLI, *La difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini verso l'Autorità amministrativa*, n. 15.

nessun influsso la profonda diversità esistente tra l'interesse individuale, garantito dalla concreta volontà di diritto privato di cui l'attore chiede l'attuazione nel processo civile, e l'interesse sociale punitivo garantito dalla concreta volontà di diritto pubblico di cui l'accusatore chiede l'attuazione nel processo penale. Non sembra invece che possa considerarsi identica la posizione che il P. M. assume nel processo civile, quando eccezionalmente vi procede per via d'azione (retro, n. 52), e quella che lo stesso organo assume normalmente come accusatore nel processo penale: infatti, mentre nel processo penale, il P. M. fa valere un interesse pubblico *diverso* da quell'interesse pubblico che lo Stato mira a raggiungere attraverso il giudice, cioè l'interesse alla tutela giurisdizionale del diritto subiettivo di punire, nel processo civile il P. M. che procede per via d'azione agisce per il raggiungimento di quello stesso scopo a cui serve il giudice, cioè per ottenere obiettivamente la attuazione concreta della legge, per far rispettare anche nella specifica applicazione la volontà dello Stato contenuta nella norma giuridica, e non già perché sia proprio dello Stato quel privato interesse che la norma concretandosi tutela.

In altre parole, il P. M. si fa attore nel processo civile unicamente perché la inerzia del privato renderebbe altrimenti impossibile al giudice, legato dal principio « *ne procedat iudex ex officio* », di soddisfare in quel caso l'interesse dello Stato all'attuazione del diritto obiettivo che, normalmente, il giudice soddisfa da sé per impulso dei privati: il suo intervento è dunque un modo di rimediare ai danni che eccezionalmente potrebbero derivare allo Stato dalla osservanza del principio di disposizione, senza peraltro distruggere il principio stesso che, di solito, è sufficiente garanzia anche per l'interesse pubblico all'attuazione del diritto obiettivo. Nel processo penale, invece, dal momento che il titolare dell'interesse punitivo, al quale la sentenza penale accorda la tutela giuridica, è lo Stato, non c'è bisogno che lo Stato si premunisca contro il pericolo della eventuale inerzia del titolare, cioè di sé stesso, poiché l'interesse pubblico all'attuazione del diritto obiettivo viene implicitamente soddisfatto in conseguenza dell'impulso dato alla giurisdizione dal P. M. che, come rappresentante della pubblica accusa, non può esimersi dall'agire.

54. — Le osservazioni fatte finora sull'interesse pubblico che sta a base della giurisdizione, e sulle modalità attraverso le quali lo Stato mira a soddisfarlo, ci permettono di intendere per qual via lo Stato miri a soddisfare quell'interesse pubblico alla esatta

interpretazione del diritto obiettivo, che abbiam visto costituire il fondamento dell'istituto della Cassazione (retro, n. 49).

Originariamente, nello Stato dispotico, come quello che oggi è un vero e proprio diritto subiettivo di punire, rigorosamente disciplinato dalla legge e dalla giurisdizione (retro, n. 53), era un arbitrario potere punitivo compreso nella sovranità, così il sovrano esercitava a piacer suo (« *de son propre mouvement* »: Vol. I, n. 151) un potere di annullamento sulle sentenze dei giudici, in quanto queste fossero contrarie ai suoi interessi, o contenessero un attentato alle sue prerogative. L'annullamento non aveva qui alcun carattere giurisdizionale: era un atto di natura essenzialmente esecutiva, col quale il monarca toglieva vigore a quelle pronuncie giudiziarie che gli sembrassero contenere un disconoscimento della sua volontà sovrana, manifestata in una legge generale o anche in un comando individuale (Vol. I, n. 109). Questo potere, che può chiamarsi « potere di cassazione » non era che una manifestazione di quell'*ius supremae inspectionis*, che il sovrano esercitava su tutti i funzionarî dell'amministrazione statuale: prima che la Rivoluzione francese, applicando, con rigore perfino esagerato, il principio della separazione dei poteri, avesse condotto all'affermazione della indipendenza dei giudici dal governo, essi venivano trattati dal potere centrale alla stessa stregua dei funzionari d'ordine esecutivo; talché anche sugli atti emanati dagli organi giudiziari, che apparivano, nello Stato dispotico, in condizione di subordinazione gerarchica di fronte al monarca, questi esercitava un potere di *controllo* (simile a quello che nello Stato costituzionae esercita nella gerarchia amministrativa il superiore sugli atti dell'inferiore) (21), contenuto del quale era un potere di sorveglianza e un conseguente potere di correzione.

55. — Questo potere di annullamento del sovrano sulle sentenze dei giudici, che aveva in origine la natura di un vero e proprio controllo esecutivo, non cambiò natura neppure quando fu esercitato, anziché direttamente e personalmente dal sovrano, da uno speciale organo governativo, rappresentante di lui (*Conseil du roi*: cfr. vol. I, n. 126). Questo fenomeno della separazione della funzione di controllo, originarianente esercitata dal superiore gerarchico, dalla persona di lui, e della creazione di speciali organi di controllo non gerarchici, « che non hanno per attribuzione di dirigere e comandare su altri organi inferiori nel campo dell'am-

(21) Cfr. CAMMEO, *Commentario*, I, n. 65.

ministrazione attiva, e per i quali, nei rapporti con l'organo controllato, il controllo è invece attribuzione esclusiva » (22) si verifica anche oggi nell'interno dell'amministrazione, e non implica in alcun modo che l'organo di controllo assuma per questo funzione giurisdizionale. L'organo di cassazione, infatti, anche se formalmente poté avere le parvenze di un tribunale, non esercitò mai una funzione *secondaria* simile a quella degli organi giudiziarî, ma agì direttamente e immediatamente per proprio conto, non per dichiarare imparzialmente concrete volontà di legge già nate all'indirizzo di soggetti estranei all'organo, ma per soddisfare, con intenti costitutivi, un interesse proprio del sovrano (23). In altre parole, l'organo di cassazione nel regime assolutistico, anche quando veniva messo in moto dalla supplica (oltre, n. 69) di un privato che richiamava la sua attenzione su una sentenza contraria alla volontà del monarca, non annullava perché giurisdizionalmente accertasse l'esistenza nel privato di un diritto a ottenere l'annullamento, ma perché riteneva governativamente opportuno far uso nel caso concreto di un potere spettante unicamente all'organo della sovranità.

56. — Il carattere governativo dell'organo di cassazione, se pur qualche traccia di esso restò, per varî decennî, anche nel nuovo ordinamento sorto in Francia dalla Rivoluzione (vol. I, n. 177), fu fondamentalmente inconciliabile colla costituzione dello Stato di diritto, ove, quand'anche fu possibile ancora, per eccezionale arbitrio di despoti, veder qualche esempio di sentenze giudiziarie annullate per atto del potere esecutivo (24), il principio della indipendenza degli organi giudiziarî dal potere esecutivo non permise che il sovrano, o l'organo di controllo rappresentante di lui, potesse continuare a cassare, su considerazioni di mera opportunità, le pronuncie dei giudici (25).

Quivi infatti il potere di cassazione spettante al sovrano fu definito entro precise norme giuridiche e ristretto a quei soli casi

---

(22) CAMMEO, pag. 151.

(23) Cfr. per la terminologia, CHIOVENDA, *Principii*, pag. 297.

(24) Cfr. in GARSONNET, *Trattato*, I, § 20, nota 3, un esempio di sentenza fatta annullare per volontà di Napoleone; così nel periodo del Terrore: confronta Vol. I, n. 167.

(25) LESSONA, *La legge, il regolamento e la sentenza rispetto alla loro riforma*, III, n. 13 e segg., dimostra il principio, posto al n. 6, che « sul provvedimento giudiziario il potere di sindacati spetta al potere giudiziario, e mai al potere legislativo od esecutivo ».

(*motivi di cassazione*) nei quali le leggi ritennero che fosse necessario riconoscerlo nell'interesse collettivo; né più si ammise che gli organi esecutivi potessero direttamente decidere se si verificasse alcuno dei casi nei quali le leggi consentivano la cassazione, né che gli stessi organi potessero, sia pure quando alcuno di questi casi si verificasse, direttamente procedere all'annullamento. Nel conflitto tra l'interesse che lo Stato aveva a toglier vigore a una pronuncia giudiziale basata su un errore di diritto, e l'interesse che lo Stato aveva a mantenere intatto il principio della indipendenza degli organi giudiziari da ogni inframmettenza governativa, si ricorse a quella stessa sostituzione di organi che era avvenuta, per ragioni analoghe, nel campo della giustizia penale (retro, n. 53): lo Stato, imponendo a sé stesso, anche qui, il divieto dell'autodifesa contro la inosservanza della legge da parte dei giudici, volle che il potere di cassare una sentenza basata su una inesatta interpretazione della legge potesse essere esercitato soltanto quando un organo giurisdizionale imparziale avesse riconosciuto che la sentenza stessa rientrava in uno di quei casi nei quali la cassazione era legale.

Si potrebbe dire, dunque, che in questo modo « il potere di cassazione » dello Stato dispotico si trasformò in un vero e proprio « diritto subiettivo di cassazione » spettante allo Stato sulle sentenze basate su una inesatta interpretazione della legge (26) (cfr. però oltre, n. 60). Il controllo esecutivo diventò un controllo giurisdizionale; e l'organo di cassazione, che finora ci era apparso come un organo amministrativo investito del potere di annullare le sentenze in base a criterî di opportunità, divenne un organo giudicante, incaricato di accertare, mediante il sillogismo proprio dei giudici, se esistesse nei casi concreti una volontà di legge che garantisse il diritto dello Stato ad ottenere la cassazione di una sentenza derivante da premesse logiche contrarie alla legge.

57. — Questa trasformazione dell'organo di cassazione da un organo esecutivo con funzione primaria in organo giurisdizionale con funzione essenzialmente secondaria, si scorge chiarissima nell'istituto del *ricorso per cassazione « nell'interesse della legge »*, che il nostro Codice di procedura civile conserva (art. 519) sull'esempio del diritto francese (vol. I, n. 168). Questo singolare istituto man-

---

(26) Collo stesso procedimento evolutivo messo in luce per il diritto di punire da Rocco Ar., *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, cit., pag. 508, nota 1.

tiene ormai, nella pratica, una importanza assai ridotta (27): onde le leggi processuali a tipo germanico, che nella loro Revisione hanno trasfuso soltanto i principî della Cassazione francese tuttora vitali, non hanno creduto utile riprodurlo (28). Eppure, quantunque il MORTARA affermi di esso che « concorre a mantenere una inesatta nozione circa l'ufficio della Corte di cassazione » (29), a me sembra invece che esso serbi anche nel nostro diritto un profondo significato dal punto di vista storico-dogmatico, poiché assai più facile riesce comprendere attraverso di esso come si sia giunti, dalla cassazione concepita come un potere della sovranità, alla cassazione concepita come un diritto di impugnativa dei privati: il ricorso nell'interesse della legge può riuscire così un prezioso termine di riferimento per la interpretazione della genesi della

(27) MORTARA, *Comm.* II, pag. 20, IV, n. 380. Qualche dato (tolto dalla pubblicazione ufficiale: *Statistica giudiziaria, civile e commerciale*) sui:

Ricorsi in Cassazione presentati dal P. M.

ANNI	CORTI DI CASSAZIONE									
	Firenze		Napoli		Roma		Palermo		Torino	
	a	*b*	*a*	*b*	*a*	*b*	*a*	*b*	*a*	*b*
1912	—	—	3	—	—	—	—	—	—	—
1911	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
1910 (*)										
1909	—	—	4	—	—	—	—	2	—	—
1908	—	—	—	—	—	—	—	2	—	—
1907	—	—	—	—	—	—	—	2	—	—
1906	—	—	—	—	—	—	—	2	—	2
1905	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
1904	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
1903	—	—	—	—	—	—	2	—	1	—
1902	—	—	1	—	3	—	2	—	5	—
1901	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—

(*) Del 1910 mi è stato impossibile consultare le Statistiche.

(Nelle colonne segnate con *a* sono compresi i ricorsi presentati presso l'Autorità che ha pronunciato la sentenza denunciata; nelle colonne segnate con *b*, i ricorsi presentati presso la Corte di cassazione. Soltanto le cifre contenute nelle colonne *b* sono dunque quelle dei ricorsi « nell'interesse della legge »).

(28) Cfr. SCHMIDT, *Lehrburch*, § 126, I. Si noti però che qualche scrittore (HELLWIG, *System*, § 237, II, 2) ne ritiene desiderabile la introduzione anche nel diritto tedesco: cfr. anche il progetto di SCHULZ, in *Festschrift für* Wach, I, 385.

(29) *Comm.*, IV, pag. 603.

Cassazione, come la traccia di un organo atrofico, che nella forma oggi raggiunta da una specie animale non ha più nessuna importanza fisiologica, è decisivo indizio al cultore delle scienze naturali per ricostruire una evoluzione organica compiutasi nei secoli.

Se noi consideriamo il ricorso nell'interesse della legge come istituto a sé, senza soffermarci nelle sue modalità processuali e nei suoi rapporti col ricorso di parte (oltre, nn. 59-62), e limitandoci a rilevare il principio su cui esso si fonda, che solo ha qui importanza ai fini della teoria generale della Cassazione, sembra di vedere in esso una chiarissima esplicazione di quel « diritto di cassazione » dello Stato, di cui abbiamo precedentemente osservato la nascita nella moderna costituzione statuale. Contro una sentenza basata su un *error iuris in iudicando,* la cui esistenza non è conciliabile con quell'interesse pubblico alla esatta interpretazione della legge da parte dei giudici, che già abbiamo altrove (retro: Capitoli II-IV) ampiamente analizzato, lo Stato non interviene direttamente, con un provvedimento immediato che revochi la sentenza come si revoca un atto amministrativo, ma, come farebbe un privato che, non potendo farsi giustizia da sé, ricorre all'organo giudiziario per giungere in via giurisdizionale alla soddisfazione del suo interesse individuale, così lo Stato, per mezzo del P. M., organo esecutivo che lo rappresenta, provoca dalla Corte di cassazione un accertamento giurisdizionale sulla esistenza in concreto del suo diritto ad ottenere l'annullamento della sentenza viziata.

Il diritto di cassazione che lo Stato si riserva contro le sentenze basate su un'errata interpretazione del diritto si potrebbe dunque paragonare a quei diritti potestativi di impugnativa, messi in luce nel campo del diritto privato dalla moderna dottrina processuale, che non possono esser fatti valere se non per via giudiziaria (30): il ricorso per cassazione nell'interesse della legge dovrebbe pertanto configurarsi come l'esercizio di una vera e propria *azione di impugnativa,* fondata sull'interesse che lo Stato, impersonato nel suo organo esecutivo, ha ad ottenere da parte del giudice (Corte di cassazione) l'accertamento e il conseguente immediato soddisfacimento di quel diritto di cassazione che, per una autolimitazione legislativa che lo Stato si è imposto, non può essere esercitato se non per via di pronuncia giurisdizionale (cfr., però, oltre, n. 60 α).

58. — Il ricorso per cassazione « nell'interesse della legge », se ha ormai una importanza pratica ridottissima, serve però a

---

(30) Cfr. CHIOVENDA, *Principii,* pag. 41 e 193; *Azione,* n. 13.

mostrarci isolatamente in azione quell'interesse collettivo all'esatta interpretazione del diritto obiettivo per parte del giudice, che di solito, come fra poco si vedrà (oltre, n. 64), si manifesta nel processo soltanto quando sia accoppiato con un interesse individuale, e trova soddisfazione soltanto per impulso e in conseguenza di questo. Nel procedimento che il P. M. presso la Corte di cassazione promuove in base all'art. 519 CPC, l'interesse individuale all'attuazione della volontà concreta della legge che tutela il diritto subiettivo della parte (sentenza *giusta*), viene assolutamente trascurato: il rappresentante dello Stato mira unicamente a ottenere dalla Corte di cassazione una decisione che censuri il giudice per essersi sottratto al suo dovere di giudicare *secundum ius* e che disapprovi la motivazione della sentenza denunciata, per impedire, sconfessando la massima in essa contenuta, che questa possa avere un seguito nella giurisprudenza futura (*ne sententia ad exemplum trahatur*: retro, n. 38); ma dei danni nascenti dalla conclusione del sillogismo, la quale, derivando da una premessa errata *in iure*, è necessariamente ingiusta e dichiara come volontà concreta di legge ciò che effettivamente la legge non ha voluto, il P. M. (*in questo caso*: cfr. oltre, n. 76) non si occupa, poiché, anche quando la sentenza sarà stata cassata per quella erronea interpretazione ch'essa contiene nelle sue premesse, le parti non potranno giovarsi del suo annullamento (art. 519 CPC).

Qui, dunque, si manifesta in modo limpidissimo la diversità fra quell'interesse collettivo che lo Stato mira a soddisfare attraverso gli organi della giurisdizione civile e quell'interesse collettivo che lo Stato mira a soddisfare attraverso l'istituto della Cassazione (retro n. 49): nel caso del ricorso nell'interesse della legge, lo Stato, poiché le parti hanno lasciato passare il termine per chiedere l'annullamento della sentenza a tutela del proprio interesse individuale, rinuncia a soddisfare l'interesse collettivo all'attuazione della volontà concreta della legge, la cui soddisfazione è di regola condizionata all'impulso dei privati (retro, n. 51) e lascia che la conclusione del sillogismo, quantunque ingiusta, valga come sentenza, poiché gli interessati non hanno fatto quanto era in loro potere per rimuoverla; ma non rinuncia a soddisfare l'*altro* interesse collettivo alla esatta interpretazione del diritto in astratto, che la sentenza, non in quanto ingiusta nella conclusione, ma in quanto errata nelle sue premesse giuridiche, mette in pericolo.

59. — Può tuttavia nascere a questo punto un dubbio: se sia lecito scorgere nella pronuncia della Corte di cassazione provocata da un ricorso « nell'interesse della legge » la esplicazione

di una vera e propria attività giurisdizionale. Il dubbio può essere giustificato da due punti di vista: *a*) a coloro che non concepiscono esercizio di vera giurisdizione se non là dove la pronuncia del giudice serva alla tutela di un diritto subiettivo, può sembrare che la cassazione nell'interesse della legge non abbia carattere giurisdizionale, perché manca, in questo provvedimento *sui generis*, qualsiasi scopo di tutelare un diritto subiettivo; *b*) a chi poi osserva che la giurisdizione ha intenti del tutto pratici e che ogni sentenza ha lo scopo di attuare concretamente, e, occorrendo, coattivamente, una determinata volontà di legge, può sembrare che la Cassazione nell'interesse della legge non abbia carattere giurisdizionale, perché essa si limita ad essere una affermazione meramente teorica ed accademica, che praticamente lascia sopravvivere la sentenza denunciata in ciò che ha di più essenziale, cioè nella concreta attuazione del diritto controverso di fronte alle parti in causa.

Non mi risulta che la dottrina processuale si sia mai posta questo problema; il che non sorprende quando si rifletta alla, già notata, quasi assoluta deficienza di importanza pratica del ricorso nell'interesse della legge (retro, n. 57); soltanto il MORTARA si pronuncia decisamente contro il carattere giurisdizionale di questo istituto, quando insegna che « in questo caso mancano alla decisione i requisiti di un vero e proprio atto giurisdizionale, non derivando da essa verun effetto per le parti interessate » (31). Ritengo tuttavia che alla risoluzione del problema nei suoi due aspetti possano recar molta luce i risultati ai quali la dottrina è giunta nello studiare gli istituti della giustizia amministrativa.

60. — *a*) Il problema, considerato nel suo primo aspetto, potrebbe essere risolto in favore della natura giurisdizionale della cassazione nell'interesse della legge qualora si riuscisse a dimostrare uno di questi punti: α) che anche in questo caso la cassazione serve alla tutela di un diritto subiettivo; oppure β) che vi può essere giurisdizione anche là dove la pronuncia del giudice serve soltanto alla reintegrazione del diritto obiettivo. Esaminiamo separatamente ciascuno di questi punti.

α) Non par dubitabile che, anche nel caso di ricorso nell'interesse della legge, la Corte di cassazione eserciti una funzione schiettamente giurisdizionale, quando si ammetta la possibilità, che a prima vista sembrerebbe intuitiva, di un diritto subiettivo

(31) *Comm.*, II, pag. 20.

di cassazione spettante allo Stato, nei limiti precedentemente profilati; se questo si ammette, la Corte di cassazione, quantunque in questo caso il ricorso nell'interesse della legge non sia la espressione di un diritto subiettivo individuale, come avviene nel caso del ricorso di parte (oltre, n. 72), giudica tuttavia su una volontà di legge *concernente altri,* concernente cioè lo Stato, impersonato, come titolare del diritto subiettivo di cassazione, in un organo esecutivo (P. M.) diverso dall'organo di cassazione. Di un diritto subiettivo dello Stato « a che i proprî organi non violino il diritto obiettivo » (32) si trovano accenni, per quanto dubitativi, nella dottrina, la quale afferma che « l'osservanza precisa del diritto obiettivo è considerata come interesse supremo dello Stato e quindi come diritto subiettivo di esso » anche contro l'amministrazione (33); ora, se si entrasse risolutamente in quest'ordine di idee, non sembrerebbe assurdo ammettere anche un diritto subiettivo dello Stato alla esatta interpretazione della legge da parte degli organi giurisdizionali, e quindi un diritto subiettivo dello Stato all'annullamento delle sentenze basate su una scorretta interpretazione giurisprudenziale. Senonché la dottrina, la quale in certe sue tendenze giunge perfino a negare ogni carattere di giuridicità alle norme di organizzazione dello Stato (34), è restìa ad ammettere la esistenza di diritti subiettivi degli organi statuali tra loro (35); onde sembra che la sistemazione del ricorso per cassazione nell'interesse della legge possa, da un diverso punto di vista, esser tentata ricorrendo a un altro concetto, anch'esso elaborato dagli amministrativisti, cioè al concetto di *giurisdizione di diritto obiettivo.*

β) Alla affermazione di una giurisdizione che miri alla mera attuazione del diritto obiettivo, indipendentemente dalla esistenza di un diritto subiettivo di alcuno, son giunte la dottrina tedesca (36) e quella francese (37), analizzando la funzione dei controlli giuri-

---

(32) D'Alessio, *Rapporti e conflitti fra le due Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato,* pag. 109.

(33) Cammeo, *Commentario,* I, pag. 270 (a proposito dell'azione popolare *correttiva*).

(34) Cfr. gli autori citati da Cammeo, *Comm.,* I, n. 29; Ranelletti, *Principii,* n. 119. Contro: Romano, *L'ordinamento giuridico,* § 22, n. 3.

(35) Cfr. Cammeo, I, nn. 30 e 31; Orlando, *Giust. amm.,* n. 731.

(36) Cfr. gli autori citati da Cammeo, in nota 1 a pag. 278; e da D'Alessio, *Rapporti e conflitti,* nota 2 a pag. 107. Lo stato della questione si trova anche chiaramente riassunto da Cammeo, *Pretesa efficacia vincolante,* pag. 548.

(37) Cfr. specialmente Duguit, *L'acte administratif et l'acte juridictionnel,* § II, n. III.

sdizionali sulla amministrazione, che avrebbero per còmpito esclusivo la difesa non dei diritti individuali, ma dell'ordinamento giuridico; e questa affermazione è stata ripresa e svolta, specialmente riannodandola al concetto di azione sostenuto dal CHIOVENDA (38), da coloro che, pur riconoscendo nella funzione di controllo, attribuita nel nostro ordinamento alla IV Sezione del Consiglio di Stato, un carattere assolutamente giurisdizionale, escludono però che il privato ricorrente, al quale la legge riconosce il potere di mettere in moto il sindacato di legittimità, faccia valere con ciò, in via d'azione, un suo diritto subiettivo di impugnativa (39), e vedono pertanto nel giudizio di legittimità attribuito al Consiglio di Stato un caso di vera e propria giurisdizione esercitata all'infuori dalla esistenza di qualsiasi diritto subiettivo.

Anche quella parte della dottrina che si rifiuta (o perché neghi il carattere di vera giurisdizione agli organi della giustizia amministrativa (40), o perché ritenga che la funzione della IV Sezione abbia carattere giurisdizionale, in quanto si eserciti a difesa di un vero e proprio diritto subiettivo del ricorrente) (41) di considerare come giurisdizione di mero diritto obiettivo quella esercitata dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, ammette però che, all'infuori del controllo esercitato dalle Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato su ricorso di un privato, si presenti nel nostro ordinamento positivo qualche caso in cui si deve per forza ricorrere al concetto di giurisdizione di diritto obiettivo, tutte le volte « in cui un'autorità gerarchico-burocratica superiore per annullare un atto illegittimo di una autorità inferiore dello stesso ordine deve deferirlo ad una terza autorità giurisdizionale » (42): in questo caso, di cui si trova un esempio nel procedimento che il Ministro dell'interno deve seguire per far revocare dalla IV Sezione il decreto prefettizio che autorizza un ente locale ad accettare lasciti o

---

(38) Cfr. *Principii*, pag. 358; D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti* cit., pag. 104, nota 1.

(39) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 356 e segg.; D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti* cit., nn. 48 e segg.; SALANDRA, *Trattato della giustizia amministrativa*, pag. 785.

(40) ORLANDO, *Giust. amm.*, pag. 730.

(41) MORTARA, *Comm.*, I, nn. 30 e segg.; CAMMEO, *Comm.*, I, num. 126 e i numerosi autori citati da lui, in nota 2, a pag. 285. Cfr. anche in quest'ordine di idee: CARUSO-INGHILLERI, *Il contenzioso d'annullamento degli atti amministrativi*, il quale però, pure ammettendo che dinanzi al Consiglio di Stato il ricorrente faccia valere un suo diritto subiettivo alla legalità dell'atto, seguita a chiamare la giurisdizione della IV Sezione giurisdizionale *obiettiva* (cfr. specialmente a pag. 540).

(42) CAMMEO, *Comm.*, I, 122.

doni (43), poiché non si ha ricorso di un privato, né d'altra parte si può parlare di diritti subiettivi degli organi tra di loro (retro, n. 59), la dottrina è concorde nel ritenere che la giurisdizione si esplichi unicamente per l'attuazione del diritto obiettivo. Si deve d'altra parte notare che quegli Autori che non ritengono di poter qualificare come giurisdizione di mero diritto obiettivo il controllo che le Sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato esercitano su ricorso dei privati, osservano che, ove esistessero organi istituiti unicamente per il ristabilimento obiettivo dell'ordinamento giuridico, il loro funzionamento non dovrebbe essere condizionato alla attività dei privati, ma dovrebbe sempre essere promosso ufficialmente nell'interesse dello Stato da una autorità esecutiva (specie di P. M.) di ciò incaricata (44): talché, se veramente si trattasse di giurisdizione di mero diritto obiettivo, si troverebbero a costituire il rapporto processuale (come infatti accade nell'esempio precedentemente citato) tre organi pubblici che sarebbero poi la personificazione di tre diversi interessi dello Stato medesimo, cioé « lo Stato per mezzo di un suo organo dovrebbe essere l'attore, lo Stato rappresentato dall'organo che ha commesso l'infrazione sarebbe convenuto, lo Stato per mezzo dell'organo giurisdizionale sarebbe giudice » (45).

Questi pochi accenni sembrano sufficienti a concludere che, ove non si ammetta che nel ricorso per cassazione nell'interesse della legge il P. M. faccia valere un vero e proprio diritto subiettivo d'impugnativa (retro, *sub* α) spettante allo Stato contro l'atto di un suo organo, il funzionamento della Corte di cassazione costituisce in tale ipotesi un caso assolutamente tipico di giurisdizione di mero diritto obiettivo. L'intervento della Cassazione si rende infatti qui necessario, perché un organo dello Stato (il giudice, del quale il P. M. denunzia nell'interesse della legge la sentenza) ha violato quella fondamentale norma di organizzazione, che fissa i limiti della funzione giurisdizionale nell'obbligo fatto al giudice di

---

(43) L. 21 giugno 1896, n. 218, art. 3. Cfr. su questo caso, oltre a CAMMEO, l. c. nella nota precedente: ORLANDO, *Giust. amm.*, pag. 731; D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti*, pag. 109, nota 1; ID., *Le parti nel giudizio amministrativo*, n. 36.

(44) CAMMEO, *Comm.*, I, n. 120; ORLANDO, *Giust. amm.*, pag. 749; D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti*, pag. 108, e *Le parti*, cit., n. 36. Alcuni fautori del concetto di giurisdizione di mero diritto obiettivo, fanno rientrare in esso anche la giurisdizione penale: per es., DUGUIT, *Acte adm.*, cit, § II, pag. 458. Ma la dottrina prevalente (retro, n. 53) considera che la giurisdizione penale è messa in moto per attuare la concreta volontà di legge che riconosce la esistenza del diritto subiettivo di punire dello Stato: cfr. CAMMEO, I, n. 119.

(45) CAMMEO, *Comm.*, I, pag. 281.

decidere *secundum legem* (retro, n. 16); nessun diritto subiettivo individuale si trova qui in giuoco, perché, come sappiamo, l'annullamento nell'interesse della legge non produce nessun effetto su quel regolamento concreto che la sentenza nel suo dispositivo ha già dato ai diritti subiettivi delle parti in causa; e tutto si riduce a ristabilire, al solo scopo della difesa dell'ordinamento giuridico, la osservanza del precetto che impone agli organi giudiziarî di interpretare esattamente la legge *in iudicando*, e ad annullare un atto di un organo dello Stato compiuto in contrasto col precetto medesimo. Onde, parafrasando quanto il CHIOVENDA scrive per affermare la giurisdizionalità della funzione esercitata dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, si può dire che anche nel caso di ricorso nell'interesse della legge la Corte di cassazione esercita una vera e propria giurisdizione « mediante sostituzione d'organi pubblici nell'affermare una volontà di legge concernente l'annullamento di una attività *giudiziaria* » (46) fondata su un'inesatta interpretazione del diritto obiettivo.

Che la giurisdizione della Corte di cassazione sia di mero diritto obiettivo si trova esplicitamente affermato dalla dottrina francese (47), la quale, però, non limita questa sua affermazione al caso del ricorso nell'interesse della legge, ma la estende anche a tutti i casi di cassazione su ricorso di parte, il che, a mio avviso, non è sostenibile, come in seguito cercherò di dimostrare (oltre, n. 71*b*); nella dottrina italiana non mi resulta che il concetto di giurisdizione di diritto obiettivo sia applicato alla Cassazione dai processualisti, mentre qualche accenno di questa applicazione si trova fatto, ma al solo scopo di raffronto tra gli istituti della giustizia amministrativa e quelli della giustizia civile, dagli studiosi di diritto amministrativo (48).

61. — *b*) Ma, prima di poter concludere in modo certo che la cassazione nell'interesse della legge abbia carattere giurisdizionale, bisogna risolvere il problema nel suo secondo aspetto (retro, n. 59), esaminando se possa vedersi giurisdizione là dove non esiste l'attuazione pratica di una concreta volontà di legge.

Lo scopo che lo Stato si propone di raggiungere attraverso la

---

(46) *Principii*, pag. 359.

(47) DUGUIT, *Acte adm.*, pag. 462; il BONNECASE, *Recours dans l'intérêt de la loi*, Introduzione, afferma che la C. di c. costituisce, insieme col C. di Stato quella che i pubblicisti francesi chiamano « *juridiction objective* ».

(48) CARUSO-INGHILLERI, *Il contenzioso d'annullamento*, pag. 523; ROVELLI, *Sul carattere delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, pag. 230, nota 2.

cassazione nell'interesse della legge ha, come già si è osservato da un punto di vista più generale (retro, n. 41), due latî: un lato *negativo* (annullamento dell'atto viziato da eccesso di potere) e un lato *positivo* (affermazione per i casi futuri di una esatta interpretazione della legge: cfr. oltre, n. 126, β 1) (49).

Se la cassazione nell'interesse della legge avesse soltanto questo secondo intento, *positivo,* non mi par dubbio che dovrebbe negarsi ad essa ogni carattere giurisdizionale, poiché la giurisdizione non consiste nella risoluzione scientifica di problemi giuridici astratti: non si nega che questa funzione regolatrice della giurisprudenza che la Corte di cassazione svolge appunto attraverso la risoluzione di questioni « di massima » abbia anch'essa la sua importanza pratica; ma il carattere giurisdizionale che più volte abbiamo riconosciuto alla Corte di cassazione (Vol. I, n. 192) non le deriva dall'esser creata per chiarire in astratto il significato delle leggi, ma dall'avere assunto, per meglio assolvere questo suo compito, l'ufficio di attuare con effetti pratici volontà di legge concrete (oltre, n. 77). « I tribunali non si crearono per accamparvi disputazioni accademiche e disquisizioni filosofiche sui principii del diritto » (50): e se l'unico intento della Cassazione, quand'essa annulla nell'interesse della legge, fosse quello di risolvere accademicamente delle questioni giuridiche astratte, non si potrebbe davvero dire che essa, quand'esplica questo suo ufficio, sia un « tribunale ».

---

(49) PISANELLI, *Comm.*, IV. n. MCCCXIX, accenna ad ambedue questi scopi quando insegna che il P. M. ricorrente nell'interesse della legge « lasciandosi addietro la privata contesa che si è spenta nell'abbandono o nella concordia, domanda che l'errore giuridico sia stigmatizzato dalla Corte regolatrice onde non rimanga inulta l'offesa del diritto [scopo *negativo*] e non colpito da riprovazione l'esempio non divenga causa di novelli errori [scopo *positivo*] »; e insiste specialmente sul primo scopo quando insegna (*ibidem*, n. MCCXCII) che « la negazione del diritto per gli organi propagatori del diritto è un fatto disordinante per sé stesso e che non si può lasciar sussistere in un momento qualunque. Posto anche niuno effetto materiale derivi in tal caso dalla sentenza riparatrice, l'ordine ideale è ristabilito, e l'erronea affermazione del diritto non ha più avanti di sé i pericoli dell'imitazione ». Cfr. anche *Relazione*, n. 400; MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1068; MEYER, *Spirito, origine e progressi delle istituzioni giuridiche*, Libro VIII, cap. XI (Vol. 5°, trad. it.), specialmente pag. 151. Lo scopo positivo è chiaramente espresso nel ricorso presentato dal P. M. MORTARA il 24 dic. 1914 alla Cass. Roma (« Proc. pen. it. », 1915, pag. 269), nel quale, dopo aver rilevato che la sentenza denunciata si basava su una irregolarità di procedimento, aggiungeva: « Ritenuto essere a notizia del sottoscritto che alcuni presidenti di Corti di assise seguono il medesimo metodo, onde apparisce urgente che la sapienza del Supremo collegio *richiami con monito solenne all'esatta e logica osservanza della legge*, ecc. ».

(50) PISANELLI, *Comm.*, IV, MCCXCIII.

Ma vi è il primo intento, *negativo,* il quale riconduce la Cassazione alla sua natura giurisdizionale; poiché, per soddisfarlo, la Corte di cassazione deve accertare se, nel caso concreto, si possa dire che il giudice di merito ha violato il precetto di giudicare *secundum ius,* e se esiste pertanto una concreta volontà di legge che autorizzi ad annullare « nell'interesse della legge », come conseguenza di un eccesso di potere, la sentenza denunciata dal P. M. Questo ragionamento non ammetterebbe alcuna obiezione, quando, come avviene nel processo penale (art. 509, 529, 534 CPP) l'annullamento della sentenza, pronunciato nell'interesse della legge, avesse effetti pratici anche per le parti in causa; ma, siccome in materia civile (art. 519 CPC) vige il principio che, in questo caso « le parti non possono giovarsi dell'annullamento della sentenza », così potrebbe qualcheduno obiettare che in realtà questo preteso annullamento « nell'interesse della legge » non è un annullamento, e che questa asserita attuazione di legge nella sua volontà concreta non è un'attuazione di legge, dal momento che la sentenza continua, anche dopo la cassazione, a spiegare i suoi effetti decisorî sul rapporto giuridico controverso. Per rispondere a questa obiezione si può osservare:

α) che, quantunque la sentenza venga in realtà annullata come atto giurisdizionale, la definizione del rapporto giuridico controverso deve restar ferma, non in virtù dell'autorità del giudicato che ormai più non esiste, ma in virtù dell'accordo delle parti che non avendo impugnato in tempo la sentenza, hanno tacitamente dimostrato di accettarne il contenuto. È questa la spiegazione tradizionale che i proceduristi francesi desumono dall'art. 88 della L. 27 ventoso anno VIII (51), secondo il quale « *le jugement sera cassé, sans que les parties puissent se prévaloir de la cassation pour éluder les dispositions de ce jugement lequel vaudra transaction pour elles* »: essa, come vedremo nella Parte speciale, può non esser priva di importanza pratica per decidere se, ove una delle parti riproponga nelle vie giudiziarie un'azione già decisa con una sentenza poi annullata « nell'interesse della legge » sia opponibile ad essa soltanto una eccezione di merito desunta dall'esistenza della transazione, o non anche una eccezione processuale di cosa giudicata, rilevabile anche d'ufficio dal giudice.

β) Ma il carattere giurisdizionale della pronuncia che la Corte di cassazione emette « nell'interesse della legge » resta salvo anche quando si ritenga che, in realtà, questo cosiddetto annullamento

(51) In TARBÉ, *Lois,* n. 855.

lascia sussistere la sentenza come atto giurisdizionale *inter partes*. Infatti la pronuncia del giudice che annulla un atto giuridico (sia poi questo un negozio di diritto privato o una sentenza) contiene in sé, come ogni sentenza costitutiva (52), un elemento giurisdizionale (accertamento della concreta volontà di legge che garantisce al ricorrente l'annullamento dell'atto impugnato) e un elemento amministrativo (esecuzione della volontà di legge accertata): ora, se nella pronuncia di cassazione « nell'interesse della legge » manca questo secondo elemento, non si può negare che manchi il primo, il quale è proprio quello essenziale e decisivo per rivelare il carattere giurisdizionale della pronuncia medesima, la quale dunque riveste in ogni caso il carattere di una vera sentenza, sia pure meramente *dichiarativa* (53).

62. — Si intende, dopo quanto si è detto finora, come nei casi in cui la Corte di cassazione decide su un ricorso presentato al P. M. nell'interesse della legge, il processo che si svolge dinanzi ad essa abbia caratteri ben diversi da quelli del processo che si svolge in contraddittorio, quando il ricorso è presentato da una delle parti in causa (oltre, Capit. VI).

Nella Parte speciale di questo lavoro sarà studiata come si conviene la struttura del rapporto processuale nascente dal ricorso nell'interesse della legge, che qui è considerato soltanto nelle sue linee fondamentali per inquadrarlo nella teoria generale: giova peraltro accennare fin d'ora che, poiché in questo giudizio si presenta soltanto, nell'interesse dello Stato, il P.M. di fronte al quale nessuno appare in veste di contraddittore, e poiché, d'altra parte, può sembrar lecito dubitare se il P. M. possa qui considerarsi parte a tutti gli effetti processuali, cadrà opportuno indagare se non ci troviamo qui in presenza di uno di quei processi « a parte unica » (54), o addirittura « senza parti », che qualche autore, sulle tracce della dottrina processualistica penale (55) accenna a confi-

---

(52) Cfr. il mio scritto *Limiti*, ecc., n. 9.

(53) In questo senso, rilevando la differenza colla cassazione nell'interesse della legge in materia penale, che ha anche effetto *costitutivo*, cfr. LANZA, *Principii*, pag. 473. Cfr. anche, ma con motivazione che non persuade, RISPOLI, in « Giur. it. », 1919, IV, pag. 78.

(54) Cfr. KOHLER, *Zivilprozessr.*, § 78; contro: CHIOVENDA, *Principii*, 581.

(55) Cfr. in proposito l'esaurientissima trattazione del FLORIAN, *Il processo penale e il nuovo Codice*, n. 52, nota 1, a pag. 98, ov'è riassunta la questione sulla esistenza di parti nel processo penale nelle sue due forme, inquisitoria e accusatoria.

gurare nel campo della giustizia amministrativa; quando considera l'amministrazione incapace di assumere la veste di parte in causa e vuol sempre vedere in essa, ove intervenga dinanzi alle giurisdizioni amministrative, una cooperatrice del giudice (56). Chi si domandi se il P. M. che ricorre in cassazione nell'interesse della legge si debba considerare come una parte in causa (attore) in senso proprio (57), o non piuttosto come un cooperatore dell'organo giudiziario che sia parte in senso puramente formale (58), potrà forse dare diversa risposta al quesito, secondoché pensi che il P. M. faccia valere in questo caso un vero e proprio diritto subiettivo di cassazione spettante allo Stato (retro, n. 60 α) o che, al contrario, la Corte di cassazione costituisca qui una giurisdizione di mero diritto obiettivo (retro, n. 60 β); e se la dottrina è concorde nel ritenere il P. M. come parte in causa in senso proprio quando procede per via d'azione (59), non manca chi ritiene che « lo Stato per mezzo del Pubblico Ministero è *formalmente* parte in causa nei giudizi civili di cassazione...; ma non è *sostanzialmente* parte in causa, perché è estraneo al rapporto giuridico controverso e perché interviene nel procedimento a difesa dell'interesse generale nel senso più lato e del diritto obiettivo » (60).

A spiegare poi per qual ragione nei giudizî di cassazione nell'interesse della legge manchi di fronte al P. M. un contraddittore in veste di convenuto (61), si può osservare fin d'ora che, se il P. M. chiede che la Corte di cassazione annulli la sentenza perché il giudice del merito ha violato il suo dovere di interpretare esattamente la legge *in iudicando*, parrebbe che l'unico suo possibile

---

(56) Otto Mayer, *Le droit administratif allemand* (Paris 1903), I, § 14, pag. 233 e segg. Cfr. Cammeo, *Comm.*, I, n. 129; Vacchelli, *La difesa giurisdizionale*, n. 14; D'Alessio, *Le parti* cit., nn. 31 e segg.

(57) Chiovenda, *Principii*, § 34; o, come dice qualche Autore, in senso *sostanziale*: cfr. Cammeo, *Comm.*, I, n. 129.

(58) Così concepisce il P. M. nel processo penale una tendenza della dottrina: cfr. Florian, *Il processo penale e il nuovo Codice*, n. 53.

(59) Chiovenda, *Principii*, pag. 580; e *quindi* anche quando ricorre nell'interesse della legge (*ib.*, pag. 460). Cfr. retro, n. 52, in nota.

(60) Cammeo, *Comm.*, I, n. 129: può darsi però che l'illustre Autore non si riferisca qui al P. M. che promuove direttamente il ricorso, ma al P. M., che necessariamente conclude nei giudizî di cassazione su ricorso presentato da una parte in causa.

(61) Garsonnet, *Trattato*, I, § 200, pag. 407 della trad. italiana del Lessona: « queste domande... (del P. M. che ricorre nell'interesse della legge) non incontrano e non possono incontrare contraddizione che presso i giudici ai quali sono sottoposte ».

contraddittore fosse il giudice che ha pronunciato la sentenza denunciata; e ciò è confermato dal principio, ripetuto dagli Autori (62), che la Corte di cassazione non giudica il merito della causa, ma la sentenza denunciata, con che si viene a dire che nel giudizio di cassazione l'operato del giudice inferiore è messo direttamente in causa (o, come si usa dire nella pratica della Cassazione, « censurato »). Ma se, nei primordî dell'istituto, quando la cassazione costituiva sempre un biasimo personale per il giudice autore della sentenza cassata (Vol. I, n. 113) e quando l'esercizio degli uffici giudiziarî non si era ancor purificato, com'è avvenuto nello Stato moderno, da elementi di carattere patrimoniale (Vol. I, n. 137), era possibile che i giudici inferiori si muovessero per difendere la validità della loro sentenza (Vol. I, n. 127), questo parrebbe assurdo oggi, non già perché non sia possibile il contraddittorio in giudizio di due diversi organi pubblici, ossia dello stesso Stato che si personifica in due contrapposti interessi (retro, n. 60 β), ma perché non sembra concepibile nel caso specifico una opposizione di interessi fra P. M. e giudice, quando entrambi agiscono nell'intento della migliore interpretazione obiettiva della legge e quando, come si è veduto, il controllo giuridico della Cassazione si esercita sugli atti, non sulle persone (retro, n. 8 *b* β) (63).

Riservo alla parte speciale l'ulteriore trattazione di questi punti: vedremo allora come, anche quando il ricorso sia presentato dalle parti, la natura del giudizio che si svolge dinanzi alla Corte di cassazione è tale che le esigenze del contraddittorio e l'impulso di parte hanno qui importanza assai minore che dinanzi ai giudici di merito (64); onde tanto più è naturale che ciò avvenga in un giudizio nel puro interesse della legge, in cui, una volta che la Corte di cassazione sia stata messa in moto dal P. M., lo Stato raggiungerà sempre, anche se la Corte non accoglierà la domanda di cassazione avanzata dal P. M., il suo intento di far proclamare dall'organo regolatore la interpretazione esatta da dare a una legge di dubbio significato.

---

(62) Boncenne, *Théorie*, I, pag. 403, « *ici le procès se meut entre l'arrêt et la loi* »; Glasson, *Précis*, II, pag. 168; Cammeo, *Comm.*, I, pag. 339, nota 1. Cfr. Vol. I, n. 159.

(63) Nel giudizio amministrativo si ha il concetto di *contumacia obbligatoria od istituzionale* (Cammeo, *Comm.*, I, n. 130); vedremo a suo tempo se questo concetto possa essere sfruttato nel caso in esame.

(64) Chiovenda, *Principii*, pag. 1049.

Capitolo VI

L'INTERESSE PRIVATO A SERVIZIO DELL'INTERESSE PUBBLICO COME IMPULSO ALLA CASSAZIONE (RICORSO DI PARTE)

Sommario: 63. Interesse secondario del litigante a rilevare la erronea interpretazione della legge nella sua volontà astratta, da cui deriva una erronea dichiarazione della legge nella sua volontà concreta (sentenza ingiusta). — 64. Sfruttamento di questo interesse da parte dello Stato, che concede al litigante un diritto di impugnativa contro la sentenza basata su una erronea interpretazione. — 65. Pericolo di degenerazione inerente a questo sistema. — 66. L'interesse privato considerato come strumento dell'interesse pubblico: si domanda se questa cooperazione dei due interessi esista anche in altri istituti processuali. — 67. *a*) Paragone colla querela penale. — 68. *b*) Paragone col ricorso di legittimità alla IV Sezione del Consiglio di Stato. — 69. Il ricorso in Cassazione di parte è in origine il mezzo per provocare un controllo esecutivo (controllo provocato). — 70. Opinioni dello Schmidt e del Kohler. — 71. *a*) Si nega che nel nostro diritto la cassazione su ricorso di parte abbia carattere amministrativo; *b*) si nega che abbia carattere di giurisdizione « di mero diritto obiettivo ». — 72. La Corte di cassazione giudica sulla esistenza di un diritto di impugnativa del ricorrente. — 73. Come questo diritto di impugnativa del ricorrente si coordini all'interesse pubblico. — 74. Dal carattere di azione di impugnativa del ricorso deriva: *a*) che la sentenza non è annullata se l'errore denunciato non è causale. — 75. *b*) Che la Corte di cassazione non può rilevare d'ufficio motivi non denunciati dal ricorrente. — 76. Differenza tra il P. M. che ricorre in Cassazione nell'interesse dell'attuazione del diritto nelle sue volontà concrete, e il P. M. che ricorre nell'interesse della legge. — 77. Osservazioni sul carattere giurisdizionale della Corte di cassazione, che non esclude il suo ufficio di controllo giuridico.

63. — Si è ripetutamente notato (retro, nn. 9, 58) che lo Stato, il quale ha interesse diretto tanto alla sentenza *giusta* nel dispositivo (attuazione del diritto in concreto), quanto alla sentenza *correttamente motivata in iure* (esatta interpretazione del diritto in astratto), non persegue contemporaneamente il raggiungimento di questi due scopi, ma rinuncia talvolta (ricorso in Cassazione nell'interesse della legge) ad agire, quando i privati restino inerti, per

la realizzazione del primo, mentre per la realizzazione del secondo agisce ufficialmente con organi proprî.

Se dalla attività degli organi giurisdizionali sono posti in giuoco contemporaneamente questi due ben distinti pubblici interessi, l'interesse che il privato mira a soddisfare in giudizio è sempre uno: ottenere una pronuncia giurisdizionale, la quale accerti che nella fattispecie esiste una concreta volontà di legge che garantisca la sua aspettativa di un bene. Per questo il privato non si sente danneggiato dagli *errores in iudicando* in cui il giudice sia eventualmente incorso nella motivazione della sentenza, se non in quanto questi errori si ripercuotano a suo svantaggio sul dispositivo; il litigante non aspira ad avere una sentenza correttamente motivata, ma una sentenza favorevole nella parte conclusiva. Da ciò consegue che il soccombente si sente in ugual misura gravato dalla sentenza a lui sfavorevole, tanto se essa è basata su un errore di diritto, quanto se è basata su un errore di fatto, e che in ambedue i casi ha uguale interesse a ottenere, qualora il diritto processuale gliene offra il mezzo, la riforma della sentenza a lui contraria; da ciò consegue anche che non sempre la parte è necessariamente interessata a impugnare una sentenza che nelle sue premesse contenga una erronea interpretazione di una norma giuridica, sia perché può darsi che questo errore di diritto non stia in rapporto di causa ad effetto col dispositivo (*error causalis*: Vol. I, n. 66 *b*; oltre, n. 74), sia perché può darsi che questo errore di diritto intervenuto nella premessa maggiore sia neutralizzato da un errore di fatto in senso inverso contenuto nella premessa minore (1).

Tuttavia, se in ogni caso il danno che la parte soccombente risente dall'*error iuris*, in cui il giudice sia incorso nella motivazione, non è più grave di quello che le deriva dall'*error facti*, e

---

(1) Si pensi, per esempio, che in una causa effettivamente commerciale una parte abbia chiesto una prova testimoniale su una convenzione eccedente le L. 500: il giudice per ammetterla dovrà correttamente ragionare così: « In causa commerciale la prova testimoniale è ammessa anche sulle convenzioni di valore superiore alle L. 500 (pr. maggiore); nella fattispecie si ha una causa commerciale (pr. minore); dunque la prova testimoniale è ammissibile (conclusione) ». Ma alla stessa conclusione giusta potrebbe il giudice giungere anche attraverso due premesse erronee, ragionando a sproposito così: « Nelle cause civili è ammessa la prova testimoniale su convenzione che superi le L. 500 (errore di diritto); nella fattispecie si ha una causa civile (errore di fatto, o di qualificazione giuridica), dunque la prova testimoniale è ammissibile nel caso presente ».

se eccezionalmente si può verificare la ipotesi che un *error in iudicando* contenuto nelle premesse non alteri a danno della parte il contenuto del dispositivo, di regola l'errore di interpretazione contenuto nelle premesse della sentenza ne vizia la conclusione; onde la parte, che si trova gravata da una pronuncia del giudice il cui dispositivo le è sfavorevole, non ha, *come ha invece lo Stato,* interesse a rimuovere l'errore di interpretazione, su cui la pronuncia si basa, per il solo fatto del turbamento giuridico che deriva da quell'errore in sé e per sé considerato, ma ha interesse a rimuovere quell'errore per le conseguenze che da esso son derivate, in quanto esso si è ripercosso sulla pronuncia, la quale, senza quell'errore intervenuto nelle premesse, sarebbe stata diversa da quella che è, e quindi, probabilmente, favorevole alla parte ora soccombente.

Possiamo pertanto concludere che il litigante, il quale non ha, come ha lo Stato, un'interesse *primario* alla esatta interpretazione del diritto obiettivo da parte del giudice, può avere però un interesse *secondario* ad essa, poiché la esatta interpretazione della norma astratta, che in sé stessa non rappresenta per il privato un bene finale, può però costituire per lui un bene strumentale per il conseguimento di una sentenza favorevole nel dispositivo.

64. — Questo interesse secondario che le parti in causa possono avere a rilevare e ad impugnare l'*error iuris* in cui il giudice sia incorso nelle premesse della sua sentenza, non è in conflitto coll'interesse dello Stato, ma è anzi coincidente con quell'interesse primario alla esatta interpretazione giurisprudenziale, che lo Stato, come si è veduto, mira talvolta a soddisfare con organi proprî; data questa coincidenza, lo Stato ha ritenuto conveniente di sfruttare la iniziativa privata ponendola a servigio dell'utilità collettiva, e di trarre vantaggio dalla tendenza che i privati hanno a tutelare l'interesse proprio, stabilendo che per la parte soccombente sia mezzo a raggiungere lo scopo individuale di ottenere l'annullamento della sentenza nel suo dispositivo, il rilevare l'esistenza di un errore di interpretazione nella sua motivazione e il provocare dinanzi all'organo di Cassazione quella correzione dell'errore che è lo scopo dello Stato.

Sappiamo che anche lo Stato (retro, n. 50) ha interesse a che la sentenza sia giusta nel suo dispositivo, ossia a che la volontà concreta di legge dichiarata dal giudice sia quella che la legge ha effettivamente voluto; ma d'altra parte, contro questo interesse, non solo privato ma sociale, alla giustizia della sentenza e contro la conseguente necessità di consentire nel processo dei mezzi che

riducano al minimo, per il giudicante, la possibilità degli errori o che valgano a ottenere, attraverso un nuovo esame della controversia, la emenda di quelli in cui il giudice fosse già incorso, si oppone la non meno imperiosa necessità sociale di far cessare nel più breve tempo possibile i danni derivanti dall'incertezza del rapporto giuridico controverso, e di porre un termine oltre il quale sia chiusa la possibilità di rilevare gli errori del giudice, e debba, nonostante gli errori, la sua pronuncia diventare obbligatoria e incontrovertibile (autorità della cosa giudicata). L'interesse che lo Stato ha al raggiungimento di quello speciale scopo sociale che sta a base dell'istituto della Cassazione produce ora, a vantaggio del litigante, un aumento dei mezzi che la legge mette a sua disposizione per sottrarlo alle conseguenze dell'errore del giudice: si può infatti immaginare che lo Stato, quando ormai dalle parti siano stati esperimentati (o sia ormai decorso il termine per esperimentarli utilmente) tutti i mezzi che il diritto processuale preordina al conseguimento di un sentenza giusta, ragioni all'incirca così: « L'interesse collettivo all'attuazione in concreto del diritto obiettivo è soddisfatto dalla sentenza che si è formata attraverso a una doppia istanza e alle altre garanzie di giustizia che la legge offre alle parti; talché, dal punto di vista di quell'interesse, ogni ulteriore via di riesame sulla correttezza della sentenza dovrebb'essere chiusa. Ma poiché può darsi che la sentenza contenga nella sua motivazione degli errori, che minacciano un interesse collettivo ben diverso dal primo, cioè l'interesse all'esatta interpretazione del diritto in astratto, così è aperta ai litiganti che siano gravati dal dispositivo della sentenza un'ulteriore via di reclamo, la quale però non sarà esperimentabile per tutti quei vizî del giudicato che ledano l'interesse individuale ad avere una sentenza giusta nella parte dispositiva, ma soltanto per quei vizî che insieme con quell'interesse individuale ledano l'interesse collettivo alla esatta interpretazione della legge ».

Nasce così, accanto al ricorso per cassazione « nell'interesse della legge » (retro, Capitolo V), col quale lo Stato stesso, attraverso un suo organo esecutivo, si fa attivo per mettere in moto l'organo unificatore della giurisprudenza, un ricorso per cassazione esperimentabile dai privati, ai quali pertanto, quando si verifichino determinate condizioni processuali, viene riconosciuta dallo Stato la facoltà di provocare la cassazione; ma se, con questo, al ricorso « nell'interesse della legge », proposto dal P. M., viene a contrapporsi un'altra forma di ricorso che può chiamarsi ricorso « di parte », non si deve pensare che questo secondo tipo di ricorso, quantunque affidato alla iniziativa di parte, serva meno del primo

a quell'interesse collettivo all'esatta interpretazione del diritto in astratto che si chiama, con espressione ellittica, l'« interesse della legge »: la realtà è che, nel ricorso proponibile dai privati, l'interesse privato diventa — come fu detto efficacemente (2) — *veicolo* dell'interesse collettivo, onde la Corte di cassazione, anche quando annulla una sentenza accogliendo un ricorso di parte, la annulla non in quanto questa sentenza disconosca l'interesse del privato a ottenere una pronuncia favorevole nel dispositivo, ma in quanto essa offenda nella sua motivazione l'interesse dello Stato alla esatta interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo.

In sede di Cassazione, dunque, l'interesse privato è riconosciuto e tutelato in quanto esso coincida con quello speciale interesse collettivo che sta a base dell'istituto: *non oltre* (3). E il privato che ricorre in Cassazione stimolato dal proprio interesse individuale, si fa, pur senza saperlo, strumento della utilità collettiva dello Stato, il quale, in cambio di questo servigio che il ricorrente presta al raggiungimento di uno scopo pubblico, gli concede, coll'annullare nell'interesse della legge la sentenza basata su un errore di diritto, la possibilità di ottenere, in una ulteriore trattazione del merito, una nuova sentenza favorevole al suo interesse individuale (4).

Si potrebbe dunque dire, se mi è permessa l'espressione, che lo Stato, per stimolare il concorso dei privati al funzionamento della Cassazione nell'interesse pubblico, li « cointeressa negli utili », permettendo loro di giovarsi della Cassazione stessa per la miglior tutela del loro interesse individuale!

65. — Il fenomeno per il quale lo Stato affida all'attività privata la vigilanza sull'esatta interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo non è, in fondo, diverso da quello per cui lo Stato condiziona all'impulso privato l'attuazione giurisdizionale del diritto obiettivo nelle sue volontà concrete (retro, n. 51). Senonché, mentre per il soddisfacimento dell'interesse collettivo all'attuazione del diritto in concreto lo Stato, quando non si tratti dell'attuazione

---

(2) Cfr. SCHULZ, *Die Entlastung des Reichsgerichts*, pag. 343, citato nel Vol. I, n. 220.

(3) In questo senso esattamente si esprime per la Revisione germanica lo SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 126, I.

(4) BONACCI, *Discorso* 7 marzo 1871 al Senato (Estratto, Firenze, 1871), pag. 20: « La legge dà diritto alle parti di ricorrere in Cassazione... per porre l'interesse privato a servizio della pubblica utilità ». Vedi anche BONCENNE, *Théorie*, I, pag. 404 e pag. 501 in fine.

di leggi d'ordine pubblico (retro, n. 52), rinuncia definitivamente ad assumersi l'iniziativa di mettere in moto la funzione giurisdizionale, ove questa iniziativa non sia presa dal titolare dell'interesse privato, lo Stato non rinuncia a dare direttamente impulso all'organo di Cassazione, allorché, essendo stata adottata da un giudice un'erronea interpretazione del diritto obiettivo, nessuna delle parti in causa si muova per ottenere l'annullamento della sentenza basata su questo errore: il ricorso di parte, pertanto, non si sostituisce interamente nel nostro ordinamento (5) al ricorso « nell'interesse della legge », il quale ultimo resta per lo Stato come un mezzo per integrare la deficiente attività delle parti, come una *extrema ratio* per tutelare direttamente l'interesse collettivo all'esatta interpretazione giurisprudenziale, qualora i privati, rinunciando ai vantaggi che sarebbero derivati loro dall'annullamento della sentenza, abbiano trascurato di richiamare l'attenzione dell'organo di Cassazione sulla esistenza di una erronea interpretazione di legge, e abbiano quindi lasciato senza tutela l'interesse collettivo a rimuovere questa interpretazione.

Ma in pratica lo Stato — com'è dimostrato dall'estrema rarità dei ricorsi nell'interesse della legge — non ha da temere che all'utilità collettiva della Cassazione sia per venir meno la collaborazione dell'interesse privato: nessun organo pubblico, per quanto scrupoloso e ben congegnato, potrebbe vigilare la giurisprudenza e coglierne le deviazioni con zelo e sensibilità pari a quelli che il privato adopera a rintracciare, nella motivazione di una sentenza che lo condanna, un errore di diritto, quando sa che questo errore di diritto potrà dargli il mezzo di sottrarsi agli effetti di quella condanna. Pertanto, fin da quando in Francia cominciò ad essere ammessa, sotto l'*ancien régime*, la possibilità di una cassazione provocata dall'impulso privato, si vide che non la mancanza di ricorrenti era da temere, ma che, al contrario, era indispensabile porre rigorose regole (tuttora in parte mantenute nel nostro diritto) per limitare la eccessiva facilità colla quale i litiganti, bramosi di sfuggire agli effetti di una sentenza sfavorevole, si inducevano a dare impulso all'organo di cassazione, anche quando la sentenza denunciata non metteva in giuoco l'interesse collettivo alla esatta interpretazione giurisprudenziale. L'esperienza ha ormai dimostrato che la presentazione di ricorsi di parte contro sentenze

---

(5) Diversamente nelle legislazioni che, come quella tedesca, non ammettono che lo Stato prenda l'iniziativa di provocare una decisione dell'organo unificatore della giurisprudenza. Cfr. SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 126, I.

che non siano basate su un errore di diritto è di gran lunga più frequente della assenza di ricorso contro sentenze che contengano in realtà nella loro motivazione una erronea interpretazione di legge: in questo modo l'interesse collettivo trova nel ricorso di parte una salvaguardia spesso eccessiva, quasi mai insufficiente.

Naturalmente, se l'avere affidato ai privati l'ufficio di vigilare alla difesa della esatta interpretazione giurisprudenziale ha assicurato la vitalità all'istituto della Cassazione, che riceve dall'interesse individuale un impulso sempre rinascente, questa stessa subordinazione dell'interesse collettivo alla iniziativa privata ha esposto l'istituto al pericolo della degenerazione; era infatti inevitabile che i privati, per i quali l'impugnativa degli errori di interpretazione è mezzo ma non scopo, si industriassero, per raggiungere il loro scopo di allontanare gli effetti di un giudicato sfavorevole, di valersi del ricorso in Cassazione anche contro una sentenza che non fosse basata su un *error iuris in iudicando*: la storia della Cassazione e degli istituti da essa derivati ci mostra infatti (Vol. I, nn. 132, 197, 219) un continuo conflitto fra la tendenza che vuol limitare l'esperimento del ricorso a quei soli casi in cui esso può giovare alla soddisfazione dell'interesse pubblico e la tendenza che, superando la ragione politica ond'esso ha avuto origine, vuole ammettere i privati a giovarsene anche quando la sentenza sia viziata da errori di fatto che non minacciano in alcun modo la uniformità della giurisprudenza. Si è veduto che quando, nel diritto francese intermedio, solo per errore di fatto poteva esser presentata contro le sentenze riappellabili la *proposition d'erreur*, l'abilità dei pratici si esercitava nel fare ammettere questo rimedio anche quando ne mancavano i presupposti, presentando artificiosamente come errori di fatto dei vizî del giudicato che erano in realtà dei pretti errori di diritto (Vol. I, n. 104); l'intervento dell'attività privata nell'istituto della Cassazione, ammissibile in teoria soltanto per errore di diritto, ha prodotto, com'era naturale, il fenomeno inverso: tanto più si reputano abili oggidì i difensori dinanzi alle Corti di Cassazione quanto meglio sappiano mascherare in veste di errori di diritto quei vizî della sentenza denunciata che, a ben considerarli, sono in sostanza dei veri errori di fatto, i quali, se ledono l'interesse del privato ad avere una sentenza giusta, lasciano assolutamente indifferente l'interesse collettivo ad avere una esatta interpretazione giurisprudenziale.

66. — Dinanzi ai tribunali che giudicano del merito, l'interesse dello Stato all'attuazione del diritto obiettivo nella sua volontà concreta e l'interesse del privato alla tutela del diritto subiettivo si appuntano verso uno stesso scopo, che è quello della correttezza del dispositivo della sentenza, la quale, quand'è giusta, soddisfa in un punto ambedue gli interessi concorrenti; nel giudizio di Cassazione, invece, lo scopo finale dello Stato e quello dei privati ricorrenti non coincidono, ma i ricorrenti si fanno attivi per raggiungere quello scopo che per lo Stato è finale (esatta interpretazione della legge nella motivazione), solamente perché il raggiungimento di questo scopo permette loro di raggiungere un altro scopo che è finale per essi (riconoscimento del diritto subiettivo nel dispositivo) (retro, n. 59).

Ora si può domandare se questo giuoco di *cooperazione dell'attività privata al raggiungimento di un bene che ha il carattere di un bene finale per la pubblica utilità, ma che per il privato rappresenta soltanto un bene strumentale per il soddisfacimento di un interesse individuale distinto dall'interesse collettivo precedentemente soddisfatto,* rappresenti un fenomeno tutto proprio del ricorso per cassazione, o non trovi al contrario qualche analogia anche in altri campi del diritto processuale.

Qualche eventuale analogia sembra che possa esser cercata: *a*) in un istituto del processo penale, cioè nella *querela; b*) in un istituto del processo amministrativo, cioè nel *ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato.*

67. — *a*) È noto che nel processo penale, il quale è preordinato alla punizione del colpevole che ha violato la legge, lo Stato mira a far valere il proprio diritto subiettivo di punire mediante l'accertamento giurisdizionale di quella concreta volontà del diritto obiettivo che lo riconosce nella fattispecie: e che l'azione penale (cioè il diritto ad ottenere l'accertamento giurisdizionale della concreta volontà di legge che garantisce il diritto subiettivo di punire) è sempre pubblica, ed esercitata dal P. M., organo esecutivo dello Stato (art. 1 CPP: retro, n. 53). Accade però che per alcuni gruppi di reati, lo Stato, o perché l'interesse pubblico alla punizione del colpevole si trova in collisione coll'interesse privato della parte lesa, o perché lo stesso interesse pubblico è insufficiente finché non reagisce contro la lesione il privato direttamente da essa danneggiato, o per ambedue queste ragioni combinate (6), rinuncia a promuovere l'azione penale qualora non sia

(6) Battaglini, *Diritto di querela,* pag. 21; Paoli, *Intervento dell'attività pri-*

emessa dal privato direttamente leso dal reato una dichiarazione di volontà che si chiama *querela* (art. 153 CPP) (7). La subordinazione dell'attività dello Stato a questa dichiarazione di volontà privata non importa però che, ove questa dichiarazione sia emessa, venga con ciò il querelante ad esercitare direttamente l'azione penale, perché questa azione, anche se *promossa* su querela di parte e non d'ufficio, è sempre, come si esprime il sopra ricordato art. 1 CPP, « esercitata dal pubblico ministero » (8): in altre parole, lo Stato, mentre, fino a quando la querela non è presentata, si astiene dal far valere l'azione penale, agisce poi, appena la querela sia stata presentata, nello stesso modo e per mezzo di organi proprî come agirebbe se si trattasse di uno di quei reati la cui persecuzione in giudizio non è condizionata alla querela.

Sulla definizione giuridica di questo *diritto di querela* spettante al privato nei casi sopra accennati, non è concorde la dottrina: poiché, mentre alcuni scorgono in essa un diritto pubblico subiettivo (diritto civico) del privato verso lo Stato (9), altri (10), estendendo al processo penale la concezione del diritto d'azione sostenuta dal CHIOVENDA nel campo del processo civile (11), configura il diritto di querela come il diritto potestativo di ottenere l'applicazione giurisdizionale di una norma di diritto penale, e parla quindi di una vera e propria *azione privata penale* (12). Ora a me sembra, che, se anche il diritto di querela può concepirsi come un diritto potestativo, non si possa però assimilarlo, nel nostro ordinamento (13), a un vero e proprio diritto d'azione, perché, mentre il diritto d'azione consiste nel potere di provocare l'attuazione della

---

vata nell'esercizio dell'azione penale, pag. 122 e segg.; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 358, nota 2.

(7) Cfr. BATTAGLINI, n. 16 e n. 60.

(8) Cfr. MANZINI, *Trattato proc. pen.*, I, n. 52, dove giustamente si osserva che l'art. 1 CPP si sarebbe espresso in modo più proprio se avesse detto: « Essa è *promossa* d'ufficio quando non sia necessaria... ecc. ».

(9) Cfr. per tutti BATTAGLINI, *Diritto di querela*, nn. 37 e segg.

(10) LANZA, *La querela*, ecc.

(11) Accenni alla querela in CHIOVENDA, *Principii*, pag. 50; *Azione*, n. 8 *c*.

(12) Contro: Rocco (Art.), *Sul concetto del diritto subiettivo di punire*, pag. 527, nota 2; PAOLI, *Intervento dell'attività privata*, pag. 155 e segg.; FLORIAN, *Il processo penale e il nuovo Codice*, n. 18; BATTAGLINI, *Diritto di querela*, pagina 4 nota, e pag. 179.

(13) Diversamente nell'ordinamento germanico, dove esiste una vera e propria *Privatklage*: cfr. BATTAGLINI, *Diritto di querela*, pag. 178, nota 2, ed HELLWIG, *Lehrbuch*, I, 324 e *System*, I, § 72, n. 6, che vede in essa un caso di sostituzione processuale (su cui CHIOVENDA, *Principii*, pag. 50, nota 2).

legge da parte degli organi giurisdizionali, la querela non mette in moto direttamente l'autorità giudiziaria penale, ma provoca l'organo esecutivo dello Stato a mettere in moto gli organi giurisdizionali mediante l'esercizio dell'azione penale pubblica: non dunque il diritto di querela può considerarsi, a mio modesto avviso, come un diritto di azione privata, ma, quando si concepisca come un diritto potestativo, esso può essere definito (mi si passi la frase complicata!) come il potere spettante al privato di porre in essere la condizione per l'esercizio, da parte dello Stato, del potere, allo Stato esclusivamente spettante, di porre a sua volta in essere la condizione per l'attuazione giurisdizionale della legge penale (14).

Del resto, comunque si concepisca la struttura del diritto di querela, è certo che in questo istituto il rapporto in cui si trovano fra di loro l'interesse collettivo dello Stato e l'interesse privato del querelante è ben diverso da quel rapporto in cui l'interesse pubblico e l'interesse individuale si trovano nel ricorso per cassazione: nel caso della querela lo Stato non rinuncia a realizzare direttamente, attraverso il proprio organo esecutivo, il suo interesse punitivo, ma soltanto consente a non iniziare la propria diretta azione per il soddisfacimento di quell'interesse, finché il privato non abbia emesso una dichiarazione di volontà; nel caso del ricorso per cassazione, invece, lo Stato commette all'attività privata, come meglio vedremo tra poco (oltre, n. 72), l'ufficio di porre direttamente in moto l'organo giurisdizionale, e di agire in giudizio per la soddisfazione di un interesse individuale, che non può essere soddisfatto se non attraverso la soddisfazione di un interesse collettivo, di cui esso è la conseguenza. Tra la struttura della querela penale e quella del ricorso di parte in Cassazione non si può dunque trovare, ai fini della mia ricerca, nessuna analogia (cfr. però, oltre, n. 70 in nota).

68. — *b*) Notevoli ragioni d'analogia possono essere invece trovate nella facoltà di ricorso alla IV Sezione del Consiglio di Stato per incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge, che l'art. 22 del T. U. 17 agosto 1907, n. 638, concede contro l'atto dell'Autorità amministrativa a chi dimostri di avere interesse al-

---

(14) La parte lesa non ha dunque la potestà di rendere incondizionata l'attuazione giurisdizionale della concreta volontà di diritto penale, come afferma LANZA, *Querela*, pag. 35, ma di rendere incondizionato l'esercizio dell'azione penale pubblica da parte del P. M.; cfr. del resto lo stesso LANZA, pag. 174 e seguenti. Chiarissimo, su questo punto, il PAOLI, pag. 155 e seguenti.

l'annullamento dell'atto medesimo (15). Tutta la dottrina è concorde nell'insegnare che la creazione di questo istituto risponde all'interesse collettivo di assicurare la legittimità degli atti amministrativi, e che in esso l'interesse individuale è utilizzato come molla per la reintegrazione dell'ordinamento giuridico: « il nuovo istituto di giustizia amministrativa — scrive il CAMMEO (16) — deve fondarsi sulla forza dell'interesse personale dei cittadini che dagli atti dell'amministrazione si sentano lesi. Dando ad esso questa base si ottempera al principio, fondamentale delle scienze sociali, che *l'interesse egoistico è il primo se non l'unico fattore dei fenomeni sociali...* ». Senonché, mentre tutti gli scrittori sono concordi nel porre l'interesse collettivo come scopo ultimo della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato, divise sono le opinioni quando si tratta di definire in che consista la facoltà di ricorso concessa all'interessato, ossia qual è la tutela giuridica che all'interesse individuale la legge concede per farne valido strumento al soddisfacimento dell'interesse collettivo. Una tendenza della dottrina, che nel campo della scienza processuale fa capo al MORTARA (17), ritiene che la legge, nell'intento di sfruttare per la pubblica utilità l'interesse individuale, abbia elevato questo interesse alla dignità di un vero e proprio diritto subiettivo del singolo alla legittimità degli atti amministrativi, e che, pertanto, il cittadino, il quale è leso nel suo interesse da un atto amministrativo viziato da incompetenza, eccesso di potere o violazione di legge, abbia contro di esso un vero e proprio diritto di impugnativa che egli può far valere per via di azione dinanzi alla IV Sezione del Consiglio di Stato: la quale, quindi, quando accoglie il ricorso e annulla l'atto amministrativo, verrebbe con questo a riconoscere e a soddisfare un diritto subiettivo d'annullamento di cui è titolare il ricorrente. Una tendenza opposta, che nel campo della scienza processuale fa capo al CHIOVENDA (18), e che si riannoda alla concezione, già da me accennata (retro, n. 60 β), della possibilità di una giurisdizione di mero diritto obiettivo, nega che il singolo interessato all'annullamento dell'atto illegittimo abbia un vero e proprio diritto subiettivo di impugnativa individuale, e ritiene che il ricorso alla IV Sezione sia nient'altro che l'esercizio di un diritto di *pura azione*, cioè del potere di porre in essere la condizione per l'attuazione del diritto obiettivo nell'interesse col-

(15) Cfr. la dottrina citata retro, nelle note al n. 60.

(16) *Comm.*, I, 284.

(17) *Comm.*, I, n. 30 e segg.

(18) *Principii*, pag. 356 e segg.

lettivo; talché, se la IV Sezione, accogliendo il ricorso del singolo, annulla l'atto amministrativo, vuol tutelare con questo non l'interesse del ricorrente ad ottenere l'annullamento, che è soltanto una condizione del ricorso, ma unicamente l'interesse generale dello Stato alla legalità amministrativa (19).

La relazione di analogia che passa tra il ricorso di legittimità alla IV Sezione del Consiglio di Stato e il ricorso di parte alla Corte di cassazione varia, com'è naturale, col variare della interpretazione teorica che si dà al primo istituto: e lo vedremo tra poco, facendo concretamente il raffronto (oltre, nn. 71 *b* e 73).

69. — In origine, quando il potere di cassazione era esercitato direttamente dal sovrano o in sua rappresentanza da un organo di natura esecutiva (retro, n. 55), la facoltà, in misura sempre più ampia concessa ai privati, di provocare da parte dell'organo competente l'esercizio di questo potere non era niente altro che una *facoltà di denunzia,* cioè la facoltà di richiamare l'attenzione del monarca o del suo rappresentante su una sentenza che, a parere del denunciante, conteneva tale una violazione della volontà del sovrano da giustificare, da parte di questo e nel suo interesse, l'esercizio del potere di annullamento a lui riservato. Poiché il potere di annullamento non era che la conseguenza del controllo gerarchico che il sovrano esercitava anche sui giudici, era naturale che la cassazione avvenisse d'ufficio, per il solo fatto che il sovrano venisse direttamente a conoscere una sentenza che ledesse le sue prerogative (*controllo spontaneo*); ma poiché, d'altra parte, non era materialmente possibile che al sovrano o all'organo esecutivo che lo rappresentava, fossero note tutte le sentenze emanate nello Stato dai giudici e i vizî da cui fossero eventualmente inquinate, così la denuncia di una sentenza viziata da un errore di diritto, fatta dal privato all'organo pubblico, aveva lo scopo di portare un atto del giudice a conoscenza del sovrano, affinché questi, se lo credesse opportuno, lo annullasse nell'interesse proprio (*controllo provocato*) (20); di questo primitivo carattere del ricorso per cassazione

---

(19) *Principii,* pag. 358. Cfr. D'Alessio, *Le parti nel giudizio amministrativo,* nn. 5-8, e specialmente la nota 2 a pag. 24.

(20) Seguo, nella terminologia, la traccia di Cammeo, *Comm.,* I, n. 69. Si ricordi la frase di Joly de Fleury (in Tarbé, *Lois, Introduction,* pag. 9) che definiva il ricorso in Cassazione come « *le recours au prince contre les entreprises de ses officiers* ». L'attività di controllo può essere considerata (Forti, *Controlli,* pagine 614-615) come idealmente divisa in tre momenti: 1° conoscenza dell'attività controllata; 2° giudizio intorno ad essa; 3° provvedimenti che ne conse-

(vol. I, n. 172), resta qualche traccia anche nella terminologia odierna dell'istituto, quando si dice che il ricorrente « denuncia » alla Corte di cassazione la sentenza del giudice di merito.

Anche prima della Rivoluzione francese, negli ultimi due secoli dell'*ancien régime*, questa facoltà di denuncia si andò trasformando in un vero e proprio diritto di ricorso, regolato da precise norme processuali; ma, poiché non per questo il *Conseil des parties*, cui i ricorsi dovevano essere diretti, cessò di essere un organo prevalentemente esecutivo (vol. I, n. 136), il diritto di ricorso per cassazione non assunse mai sotto l'*ancien régime* un deciso carattere di diritto di impugnativa, cioè di un diritto, spettante al privato, *ad ottenere la cassazione*, ma si limitò ad essere un diritto *ad ottenere una decisione* sulla opportunità di cassare la sentenza, avvicinandosi, così, ai caratteri che oggi la dottrina scorge nel diritto di ricorso gerarchico in materia amministrativa, di fronte al quale l'organo esecutivo ha soltanto il dovere di riesaminare il provvedimento contro cui si ricorre, decidendo poi in base a criteri di interesse pubblico (*ricorso formale*) (21).

70. — Poiché nell'ordinamento costituzionale moderno il principio della indipendenza dei giudici dal potere esecutivo non consentirebbe la possibilità di una cassazione di sentenze affidata a un organo governativo (retro, n. 56), la struttura del ricorso per cassazione, che poteva esser paragonata nell'*ancien régime* a quella di un ricorso gerarchico in materia di amministrazione (retro, n. 69), deve per forza essersi profondamente modificata nello Stato di diritto; gioverà pertanto soffermarci ad analizzare un po' più da vicino qual fondamento giuridico stia a base oggidì del ricorso in Cassazione per « violazione o falsa applicazione della legge » *in iudicando* (art. 517, n. 3 CPC).

Poiché avviene spesso che per cogliere il profilo caratteristico di un istituto giuridico proprio di un determinato ordinamento statuale, si trovino in miglior condizione gli studiosi stranieri che

---

guono. Il ricorso in Cassazione, nella sua prima forma, mirava a cooperare coll'autorità pubblica nel primo momento, portando a conoscenza di essa la esistenza di un atto da controllare.

(21) Cfr. CAMMEO, *ibidem*. FORTI, *La rivocazione nei ricorsi amministrativi*, n. 4, analizza acutamente la natura del diritto di ricorso, che esso definisce come un « diritto alla decisione » e le differenze che passano tra esso e il diritto di azione, che, secondo il FORTI, è un « diritto alla sentenza » (*ibid.*, n. 3); ma la differenza tra i due diritti appare anche più profonda quando in quest'ultimo si veda, come io ritengo preferibile, un « diritto alla sentenza favorevole ».

sono in grado di ricomporne a distanza la fisionomia nei suoi tratti essenziali, è conveniente ricordare come lo scheletro giuridico del ricorso per cassazione è concepito da due rappresentanti della scienza processuale tedesca contemporanea. Secondo lo SCHMIDT (22), « il ricorso per cassazione è *una domanda di decisione rivolta alla Corte di cassazione,* la quale non è un organo della tutela giuridica privata che agisca nell'interesse delle parti, ma un organo del controllo giuridico dello Stato, che agisce per pubblico interesse alla osservanza ed alla uniforme applicazione del diritto obiettivo. Lo scopo delle sue pronuncie non è la produzione di una decisione giusta dei singoli processi concreti, ma il mantenimento di una applicazione giudiziaria del diritto, uniforme ed esatta nel suo complesso, onde anche le condizioni del ricorso si regolano non secondo principii strettamente processuali, ma secondo principii di diritto costituzionale (*staatsrechtlichen Grundsätzen*) »; e secondo il KOHLER (23), « la Corte di cassazione non è propriamente un tribunale, non deve decidere nel caso singolo; essa è soltanto una custode della legge e deve, dovunque trovi una violazione della legge, rilevarla e annullar la sentenza, cioè cassare. Qui le cose vanno diversamente da quello che accade nei mezzi di gravame (*Rechtsmittel*): la sentenza non cade per effetto di condizione risolutiva, ma *cade perché un'autorità statuale superiore le toglie la sua efficacia* ». Pare dunque, come specialmente si trae dalle frasi che ho riferite in corsivo, che la scienza processuale tedesca concepisca il ricorso per cassazione come l'esercizio di un *diritto ad ottenere una decisione* dalla Corte di cassazione (SCHMIDT), non come l'esercizio di un diritto ad ottenere l'annullamento; la Corte di cassazione, messa in moto dal ricorso del privato, non si pronuncerebbe sulla esistenza, nel ricorrente, di un diritto subiettivo ad ottenere la cassazione, ma annullerebbe la sentenza soltanto in quanto questa contenesse obiettivamente una violazione di legge: onde la cassazione non sarebbe la conseguenza di un diritto di impugnativa esercitato dal privato e ad esso riconosciuto in via giurisdizionale, ma sarebbe effetto dell'esercizio di un potere di annullamento spettante allo Stato (KOHLER).

71. — Questo modo di concepire il ricorso per cassazione porta, necessariamente, a una di queste due conclusioni: *a*) a ritenere che anche nel nostro ordinamento la Corte di cassazione

---

(22) *Lehrbuch,* § 126, I. Cfr. vol. I, n. 221.

(23) *Zivilprozessrecht,* pag. 355.

sia non un organo giurisdizionale, ma un organo amministrativo che cassa le sentenze per impulso dei privati, ma in esplicazione di un suo potere primario (controllo provocato: retro, n. 69); *b*) o a ritenere che la Corte di cassazione, anche quando decide su ricorso di parte, eserciti una giurisdizione di mero diritto obiettivo simile a quella che esercita quando pronuncia dietro ricorso nell'interesse della legge (retro, n. 60 β).

a) La prima conclusione credo che sia senz'altro da scartare: essa avrebbe corrisposto a verità qualora l'istituto della Cassazione fosse restato quello che era negli ultimi anni dell'*ancien régime* o nei primissimi anni della Rivoluzione, ma non può essere accolta oggi quand'essa, come già si è osservato, verrebbe a distruggere il principio costituzionale della indipendenza degli organi giudiziarî dal potere esecutivo; non fa meraviglia, del resto, incontrare questa concezione nella scienza tedesca, la quale — già si è avuto occasione di notarlo (Vol. I, n. 221) — vede la Cassazione in Francia e negli altri Stati che l'hanno imitata, non quale essa si è venuta plasmando nella evoluzione di più di un secolo, ma quale è rappresentata negli originari testi legislativi di centotrent'anni fa.

b) La seconda conclusione trova un dichiarato sostenitore nel Duguit (24) secondo il quale rientra nel concetto di *juridiction obiective* accanto alla giurisdizione penale (*juridiction répressive*) e alla giurisdizione civile che giudica sulle conseguenze della colpa aquiliana (*juridiction réparative*), anche la giurisdizione civile o amministrativa di annullamento (*juridiction de l'annullation*), di cui la cassazione in materia civile è un caso. Ma, come appare da questo semplice accenno, il concetto di giurisdizione di mero diritto obiettivo accolto da questo Autore è così ampio da non avere molto di comune col concetto che, sotto la stessa denominazione, abbiamo veduto accolto da una parte dei nostri studiosi di diritto amministrativo: per il Duguit, infatti, rientrano nella giurisdizione obiettiva non solo la giurisdizione penale, per la quale la prevalente dottrina ritiene invece, come si è visto (retro, nn. 53 e 67) che l'attuazione obiettiva delle concrete volontà di legge coincida col riconoscimento di un diritto subiettivo di punire spettante allo Stato, ma anche alcuni casi di giurisdizione civile che mai neppure i più decisi assertori delle possibilità di una giurisdizione di mero diritto obiettivo si sono sognati di comprendere in questo concetto, come sarebbe il caso in cui un tribunale pro-

(24) *L'acte administratif et l'acte juridictionnel*, pag. 462.

nunci una condanna ai danni per responsabilità civile (25), o annulli un negozio giuridico viziato da un difetto che ne produca non la inesistenza ma la annullabilità (26). E' evidente che questo criterio così ampio seguìto dal DUGUIT viene a snaturare il concetto di giurisdizione di mero diritto obiettivo quale ho cercato a suo tempo di definirlo: tutta la giurisdizione si può allora considerare di diritto obiettivo, poiché essa, anche quando ha come movente e come conseguenza la soddisfazione di diritti subiettivi, il che nel processo civile è la regola, risponde però all'interesse diretto dello Stato di attuare il diritto obiettivo nelle sue volontà concrete (27). Il concetto di giurisdizione di mero diritto obiettivo qual'è accolto anche da una parte della dottrina italiana è ristretto invece a quei casi in cui la giurisdizione mira ad attuare il diritto obiettivo, indipendentemente dal diritto individuale di alcuno (28): se, lasciando da parte la concezione così elastica del DUGUIT (29), volessimo far rientrare nel più limitato concetto di giurisdizione obiettiva *stricto sensu* anche la funzione che la Corte di cassazione

---

(25) DUGUIT, pag. 461: « Supposons seulement un acte ne constituant pas une infraction, mais prohibé par la loi, un fait, un état de choses contraire à la loi, et étant, d'après le droit moderne, la source d'une responsabilité. La question est portée devant un tribunal: c'est une pure question de droit obiectif. D'un fait contraire au droit, d'un acte qui n'est pas fait dans l'intention de créer un droit, n'a pu naître un droit subjectif, qu'il n'as pas, ne peut pas avoir... ». Non riesco però a comprendere come si possa seriamente sostenere che dall'art. 1151 C. C. (corrispondente al 1382 C. Napoleone su cui il DUGUIT ragiona), dal quale pure nasce, per testuale disposizione, una *obbligazione* a carico del colpevole, non nasca reciprocamente un *diritto subiettivo* a favore del danneggiato!

(26) *Ibidem*, pag. 462: « Il ne paraît pas douteux que, dans l'hypothèse d'une nullité relative, l'acte ayant toute sa valeur jusqu'au moment où le juge en aura prononcé la nullité, le demandeur invoque bien plutôt la disposition de la loi, qu'un droit subjectif qui n'existe pas (?), et que le juge ne se borne pas à constater un droit, mais prononce une annullation comme conséquence de la violation de la loi ». Lo strano è poi che il DUGUIT mentre trova con tanta naturalezza la giurisdizione obiettiva nel caso dei negozi annullabili, esita a trovarla nei casi in cui il giudice si limita ad accertare la inesistenza di un negozio giuridico, mentre proprio in questo caso, se mai, vi è l'assenza di un diritto subiettivo oltre l'azione: « Nous sommes tentés de donner la même solution au cas de nullité absolue bien qu'on puisse soutenir qu'alors l'annullation ne résulte pas de la décision du juge, mais de la décision de la loi elle même et que le plaideur invoque alors le droit subjectif à la constatation de cette nullité ».

(27) Cfr. CAMMEO, *Comm.*, I, n. 119.

(28) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 358.

(29) Il quale del resto, pare che riservi il suo concetto di giurisdizione obiettiva ai soli casi di cassazione « pour excès de pouvoir, pour incompétence, pour vice de forme » (pag. 464), mentre per i casi di cassazione per *error in iudicando* ammette l'esistenza di un diritto subiettivo (pag. 463).

esercita quando decide su ricorso di parte, bisognerebbe concepire la facoltà di ricorrere in Cassazione nello stesso modo con cui una parte della dottrina spiega la facoltà, che la legge concede agli interessati, di ricorrere alla IV Sezione del Consiglio di Stato per far annullare gli atti amministrativi viziati da illegittimità (retro, n. 68). La Corte di cassazione, cioè, pur essendo un organo giurisdizionale e non un organo amministrativo, una volta che fosse stata messa in moto dal ricorso del privato, non dovrebbe esercitare il suo giudizio sulla esistenza di una concreta volontà di legge che garantisse al ricorrente un diritto subiettivo all'annullamento, ma dovrebbe limitarsi a indagare se esista una volontà di legge che obiettivamente imponga l'annullamento della sentenza denunciata dal privato, o, in altre parole, se dall'ordinamento giuridico scaturisca un precetto concreto all'indirizzo della Corte di cassazione di sostituire la propria attività all'attività di un altro organo pubblico (giudice di merito), annullando ciò che questo ha compiuto in contravvenzione alla legge: la Cassazione, in questo modo, avrebbe anzitutto un'efficacia *interna* cioè relativa a un rapporto intercedente tra due organi dello Stato, della quale il privato si gioverebbe solo per conseguenza mediata, a tutela del suo interesse individuale, che vedrebbe aperta la possibilità di ottenere una nuova sentenza favorevole al posto di quella sfavorevole annullata: come si è veduto che l'annullamento dell'atto amministrativo pronunciato dalla IV Sezione del Consiglio di Stato è fatto anzitutto nell'interesse collettivo e, solo come effetto mediato e non necessario, può soddisfare anche l'interesse individuale del ricorrente (30).

---

(30) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 358. Chi poi ammettesse l'esistenza di un diritto dello Stato alla cassazione (retro, n. 60 α) ed estendesse questo concetto anche ai casi in cui la Corte di cassazione giudica su ricorso di parte, potrebbe sbizzarrirsi a costruire diversamente (sempre negando un diritto del ricorrente ad ottenere la cassazione) lo scheletro giuridico dell'istituto. Si potrebbe dire, cioè, che il ricorso del privato serve unicamente a provocare, da parte dello Stato, l'esercizio, per via giurisdizionale, del diritto di cassazione che ad esso esclusivamente compete, in modo che il giudizio di Cassazione avrebbe grande analogia col giudizio penale su querela di parte (retro, n. 67): bisognerebbe però ritenere, in evidente contrasto col diritto positivo, che dinanzi alla Corte di Cassazione attore principale fosse sempre, anche quando si giudica su ricorso di parte, il P. M. (art. 538 CPC); oppure si potrebbe vedere nel ricorso di parte un caso di sostituzione processuale, per cui il ricorrente si sostituisce allo Stato nell'esercitare il diritto di cassazione che solo allo Stato compete: allo stesso modo l'HELLWIG concepisce l'esercizio delle *Privatklage* penale: retro, n. 67, in nota. Ambedue queste costruzioni sono da scartare, a mio modo di vedere, perché io ammetto (retro, n. 71) la esistenza di un diritto del privato a *ottenere* la cassazione.

Ritengo che neppure questo modo di concepire la funzione della Corte di cassazione quando decide su ricorso di parte, sia esatto, e che pertanto nessuna analogia sostanziale possa trovarsi tra il ricorso privato in Cassazione e il ricorso dell'interessato alla IV Sezione del Consiglio di Stato, concepito come mera azione (per l'altra concezione, oltre, n. 73); esaminaniamo brevemente le ragioni della differenza.

72. — Ho detto che la funzione della Corte di cassazione, quando decide un ricorso presentato dal P. M. nell'interesse della legge, può essere definita, secondoché si ammetta o non si ammetta la esistenza di un diritto di cassazione spettante allo Stato, come una giurisdizione volta ad accertare nei casi concreti la esistenza delle volontà di legge che riconoscono di volta in volta questo diritto, o come una giurisdizione di mero diritto obiettivo (retro, n. 60). Ma quando la Corte di cassazione decide su richiesta di parte, ritengo che il ricorso non possa essere considerato né come il mezzo per provocare un controllo di carattere esecutivo (retro, n. 71, *a*); né come il mezzo per mettere in moto una giurisdizione di mero diritto obiettivo (retro, n. 71 *b*); né come un impulso dato all'esercizio in via giurisdizionale del diritto subiettivo di cassazione spettante allo Stato (retro, n. 71, in nota); né come un caso di esercizio del diritto medesimo da parte del privato che si sostituisca personalmente allo Stato (retro, *ibidem*): ma unicamente come l'esercizio di un vero e proprio diritto di impugnativa spettante al privato contro la sentenza basata su un *error iuris in iudicando.*

Si è veduto nella Parte storica analizzando la funzione della *querela nullitatis* (Vol. I, nn. 55 e segg.), e meglio vedremo tra poco studiando la struttura processuale del ricorso in Cassazione (oltre, Capit. IX-XI), che, come nel diritto privato la legge, accanto al concetto di inesistenza di un negozio giuridico per mancanza di alcuno tra gli *essentialia negotii,* ammette la possibilità di un negozio giuridicamente esistente ma soggetto ad essere annullato in conseguenza di un difetto che lo vizia, così nel diritto processuale si hanno delle sentenze le quali, senza essere giuridicamente inesistenti (concetto romano della nullità: Vol. I, Capit. I), sono però affette da un vizio d'origine che le espone ad essere annullate, qualora una delle parti in causa manifesti, nelle forme e nei termini stabiliti dal diritto processuale, la sua volontà di produrre l'annullamento. In questo caso la parte che può, se vuole, ottenere dal giudice l'annullamento della sentenza viziata, ha un vero e proprio *diritto* (potestativo) *di impugnativa,* il quale in tanto esiste

in quanto esiste nella sentenza quel tale vizio che la legge considera come motivo di annullabilità.

Il diritto di ricorso in Cassazione per *error iuris in iudicando* non è niente altro che un diritto di impugnativa del tipo generale sopra accennato, che la parte deve per forza far valere per via giudiziaria, cioè in via d'azione (azione di impugnativa) (31): il solo fatto della esistenza nei motivi del giudicato di una erronea interpretazione di legge fa sorgere nell'interessato (nei limiti che a suo tempo accenneremo: oltre, n. 74) un diritto subiettivo ad ottenere l'annullamento della sentenza viziata; e il ricorso non è altro, quindi, che la richiesta diretta dall'interessato alla Corte di cassazione affinché questa attui colla sua decisione la concreta volontà di legge che garantisce al ricorrente l'annullamento della sentenza impugnata. Il ricorrente che abbia fondato motivo di ricorrere non ha solamente un diritto alla decisione, ma ha un diritto *all'annullamento* della sentenza (32); onde oggetto della decisione della Corte di cassazione non è obbiettivamente l'annullamento nell'interesse dello Stato, ma è l'esistenza del diritto subiettivo all'annullamento nell'interesse del privato (33). Quando il KOHLER, dunque, afferma che dinanzi alla Corte di cassazione la sentenza cade « perché un'autorità statuale superiore le toglie la sua efficacia », dice, a parer mio, cosa inesatta, poiché la sentenza è cassata solamente in quanto un giudice, quale e non altro è la Corte di cassazione, riconosca ed attui la esistenza di un diritto del ricorrente a ottenere l'annullamento. Insisto su questo punto, perché non credo che la sua soluzione abbia importanza limitata al solo campo della teoria: non solo, infatti, dal concepire il ricorso per cassazione come l'esercizio di un vero diritto di impugnativa derivano, quando si voglia stabilire i limiti della forza giudicata inerente alle decisioni della Corte di cassazione, conseguenze pratiche ben diverse da quelle che sarebbero da accogliere qualora oggetto di queste decisioni fosse l'annullamento obiettivo (34); ma anche da questa concezione dell'istituto ricevono piena

---

(31) Sui diritti di impugnativa cfr. specialmente ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, 2. Band, pag. 32-36.

(32) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1023, il quale viene ad ammettere nel ricorso fondato un vero diritto ad ottenere la cassazione.

(33) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 195.

(34) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 196, nota 1. È noto, del resto che la dottrina che vede nella giurisdizione della IV Sezione del Consiglio di Stato una giurisdizione di mero diritto obiettivo, è tratta logicamente a sostenere la efficacia *erga omnes* delle sue decisioni (cfr. D'ALESSIO, *Parti*, nn. 105 e segg., e specialmente note 2 a pag. 24, ed 1 a pag 334), mentre chi vede nella giurisdizione

giustificazione alcune modalità pratiche dell'esercizio di esso, che non potrebbero in alcun modo essere giustificate ove si accettasse la soluzione contraria (oltre, nn. 74 e segg.).

73. — Si può domandare a questo punto come si concilii l'affermazione che oggetto del giudizio di cassazione è sempre un diritto di annullamento spettante al ricorrente, col principio, ampiamente già da me svolto, che l'interesse pubblico al quale risponde l'istituto della Cassazione è ben diverso da quell'interesse all'attuazione del diritto obiettivo nelle sue volontà concrete che sta a base della funzione giurisdizionale: potrebbe infatti alcuno obiettare che la funzione esercitata dalla Corte di cassazione è in tutto e per tutto simile a quella esercitata dagli altri organi giudiziarî civili, dal momento che anch'essa dichiara ed attua concrete volontà di legge che garantiscono al singolo un bene, qual'è appunto l'annullamento della sentenza ad esso sfavorevole. A questa obiezione, basata su una osservazione giusta, si risponde considerando che la funzione tutta caratteristica della Corte di cassazione non si deve cercare nel modo come essa giudica; ma nella speciale natura dei diritti sui quali essa giudica: nessuno può negare, secondo me, che la Corte di cassazione, in quanto attua concrete volontà del diritto obiettivo, venga insieme a tutelare di volta in volta un diritto subiettivo individuale; ma questo diritto subiettivo del privato (diritto ad ottenere l'annullamento) in tanto esiste, in quanto esista nella sentenza denunciata quel difetto di inesatta interpretazione della legge, che ferisce l'interesse, esclusivamente pubblico, alla correttezza della giurisprudenza. In altre parole, il diritto subiettivo individuale che la Corte di cassazione viene a tutelare, attuando di volta in volta le concrete volontà del diritto obiettivo (processuale) che garantiscono al singolo l'annullamento della sentenza, esiste soltanto in quanto esiste come suo presupposto quello speciale *error in iudicando* che la legge processuale (art. 517 CPC) ha determinato non in base a un criterio di interesse privato, ma in base a un criterio esclusivamente di interesse pubblico: onde la Corte di cassazione non decide direttamente e immediatamente se la sentenza debba essere annullata nell'interesse pubblico (giurisdizione di mero diritto obiettivo), ma se esista nel privato quel diritto subiettivo i cui presupposti sono

---

della IV Sezione una giurisdizione su diritti subiettivi, limita questa efficacia *inter partes* (CAMMEO, *Comm.*, I, nn. 136 e segg). Cfr. anche CHIOVENDA, in *Nuovi Saggi*, pag. 246, il quale però giunge alla conclusione della efficacia *erga omnes* in base a considerazioni tratte dalla natura del « litisconsorzio necessario ».

stati *a priori* stabiliti dalla legge in base a considerazione d'interesse pubblico. Viene fatto di pensare — per analogia esteriore di tecnica legislativa in campi del resto tra loro lontanissimi — a quelle limitazioni che certe leggi processuali impongono alla libertà di valutazione delle prove da parte del giudice (principio della *prova legale*) trasformando in norme codificate dei criteri di esperienza, i quali, anche se non fossero resi in tal modo obbligatorî, sarebbero con probabilità seguìti volontariamente da un giudice libero nel suo apprezzamento (35); per un fenomeno in qualche modo simile la Corte di cassazione non deve, ogni volta che decide su un ricorso di parte, esaminare se la sentenza denunciata sia inconciliabile coll'interesse pubblico alla esatta osservanza della legge, ma deve limitarsi a vedere se esiste nella fattispecie una concreta volontà di legge che garantisca il diritto del ricorrente a ottenere l'annullamento, poiché ha provveduto in anticipo il legislatore a costruire i presupposti di questo diritto in modo da farli corrispondere a quell'interesse pubblico per la cui difesa la Corte di cassazione è istituita.

Se, come io ammetto, il ricorso in Cassazione si fonda su un vero diritto subiettivo di annullamento competente al privato, possono scorgere in esso profonde analogie col ricorso per annullamento alla IV Sezione del Consiglio di Stato coloro che questo istituto concepiscono come l'esercizio di un vero e proprio diritto alla legittimità degli atti amministrativi (retro, n. 68): vi è infatti qualche scrittore appartenente a questa tendenza che afferma « evidente l'identità di contenuto fra l'azione giudiziaria volta ad ottenere la cassazione di una sentenza ed il ricorso amministrativo volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo per vizio di illegitimità » (36). Pur tuttavia, anche lasciando da

---

(35) Nel sistema della libera valutazione, il giudice, di solito, non presta fede alla testimonianza dei parenti delle parti in causa, perché li ritiene non imparziali; nel sistema della prova legale il giudice non ammette a testimoniare i parenti delle parti in causa, perché la legge li esclude; ma la legge a sua volta li ha esclusi perchè li ha ritenuti non imparziali: onde, in questo secondo caso, la legge ha compiuto in anticipo quello stesso ragionamento che nel primo caso compie di volta in volta il giudice: cfr. STEIN, *Private Wissen*, pag. 47 e segg.; e la mia *Genesi logica*, pag. 16-17.

(36) CARUSO-INGHILLERI, pag. 526. Si noti che questo scrittore, pur accogliendo il concetto di un diritto subiettivo del cittadino alla legalità degli atti amministrativi, ritiene però sistematicamente opportuno accogliere per la giustizia amministrativa la terminologia di giurisdizione *obiettiva* « non perché si possa credere che non giudichi su diritti subiettivi, ma perché una ragione sistematica giustifica che sia diversamente classificata quella giurisdizione nella quale il cittadino fa valere il suo diritto all'osservanza della legge negli atti ema-

parte il divario che passa tra i due istituti a causa della diversità dell'atto di cui si chiede l'annullamento (di un atto amministrativo dinanzi alla IV Sezione, di una sentenza dinanzi alla Corte di cassazione), e a causa della diversa estensione del riesame che i due consessi possono rispettivamente compiere nel caso che il ricorso si basi su una violazione di legge (oltre, n. 120), bisogna avvertire che, anche quando si concepisca il ricorso alla IV Sezione come basato su un vero diritto subiettivo di impugnativa, l'interesse pubblico, che viene ad essere soddisfatto in conseguenza dell'attuazione del diritto di impugnativa riconosciuto al ricorrente, si atteggia nei due casi in modo profondamente diverso: infatti, quando dalla IV Sezione sia annullato un atto amministrativo, l'interesse pubblico trova soddisfazione nell'annullamento dell'atto illegale in sé considerato, poiché quell'atto costituiva una violazione concreta dell'ordinamento giuridico; mentre, quando sia annullata una sentenza dalla Corte di cassazione, l'interesse pubblico non trova soddisfazione in quanto la sentenza sia cassata nella sua concreta dichiarazione del diritto obiettivo, ma in quanto l'annullamento del dispositivo, che interessa il privato ricorrente, ma che, in questa sede, non interessa lo Stato, non può avvenire che attraverso la riprovazione della erronea interpretazione giurisprudenziale su cui la sentenza si basa.

74. — Il concepire in questo modo il ricorso per cassazione come l'esercizio di un vero e proprio diritto di impugnativa, la cui esistenza forma oggetto della decisione della Corte, permette di spiegare in modo chiarissimo l'origine di alcune fondamentali limitazioni dei poteri di cognizione ad essa spettanti quando giudica su ricorso di parte: su queste limitazioni dovrò fermarmi a lungo nella Parte speciale di questo lavoro, quando dovrò studiare di proposito in che consiste l'interesse a ricorrere, e quali sono i poteri del giudice di Cassazione; ma non sembra fuor di luogo accennare anche qui, sia pur soltanto di passaggio, all'argomento, perché da esso si può ricavare un tratto caratteristico per il profilo generale dell'istituto.

---

nati dagli organi dello Stato nell'esercizio della sovranità, lesivi di un interesse personale e diretto del cittadino medesimo ». In questo senso il CARUSO-INGHILLERI vede anche nella Cassazione una giurisdizione oggettiva (forma di sindacato diretto alla osservanza del diritto oggettivo, pag. 523), ma in un senso ben diverso da quello dei fautori del concetto di giurisdizione di *mero* diritto obiettivo (retro, n. 71 *b*).

a) Ho già avuto occasione di osservare (retro, n. 63) che non sempre la esistenza di una inesatta interpretazione di legge nella motivazione di una sentenza produce la ingiustizia del dispositivo che su quella motivazione si basa; perché, ad esempio, può accadere che il dispositivo si appoggi su diversi motivi di diritto, l'uno indipendente dall'altro, in modo che l'errore di diritto relativo a uno di questi motivi non basti a escludere che la sentenza sia ugualmente giusta per gli altri motivi non errati. In questi casi in cui la esistenza di un errore di interpretazione non si trova in rapporto di causalità colla ingiustizia della decisione, la parte soccombente non ha interesse a far rilevare dalla Corte di cassazione l'errore di diritto in cui il giudice di merito è incorso, perché, anche se la Corte riconoscesse l'esistenza dell'errore, non per questo verrebbe ad essere annullata la sentenza la quale non può essere considerata come un effetto di quell'errore; ciò nonostante, la esistenza di una sentenza che contiene nella sua motivazione un'erronea interpretazione del diritto obiettivo, ferisce, anche se questa interpretazione astratta non si è trasformata in ingiustizia concreta, l'interesse pubblico alla correttezza della giurisprudenza: infatti il pericolo che quella interpretazione erronea *ad exemplum trahatur* da altri giudici, ed ingeneri nella coscienza giuridica collettiva una pericolosa incertezza (retro, n. 28 *b*) non è per nulla eliminato dal fatto che quell'errore sia privo di conseguenze pratiche nella fattispecie.

Qui, dunque, manca l'interesse individuale all'annullamento del dispositivo, ma non manca l'interesse dello Stato alla riprovazione della motivazione: onde, se la Corte di cassazione fosse un organo che agisse unicamente nel pubblico interesse senza curarsi di accertare la esistenza di un diritto subiettivo del ricorrente all'annullamento, potrebbe sembrar necessario che la Corte di cassazione, per il solo fatto della esistenza di una erronea interpretazione di legge nella motivazione, annullasse la sentenza senza scendere a indagare se l'errore fosse in relazione di causa ad effetto col dispositivo, al solo scopo di togliere ogni possibilità di diffusione e di esempio all'erronea interpretazione astratta contenuta nella sua motivazione; invero la semplice enunciazione di un *error iuris* nei motivi senza conseguenze sul dispositivo, mentre lascia indifferente la Corte di cassazione quando si consideri in essa soltanto lo scopo di nomofilachia (per il quale la violazione del precetto che prescrive ai giudici di risolvere secondo la legge le questioni di diritto appare pericolosa per l'ordinamento pubblico soltanto quando essa sia causale di fronte al concreto comando che i giudici dànno in

nome dello Stato: retro, Cap. II) (37) è capace di per sé sola di produrre quel danno sociale che la Cassazione tende a riparare nella sua funzione di organo regolatore della giurisprudenza (38). Si intende, da queste considerazioni, come qualche Autore, partendo dalla premessa perfettamente fondata che lo scopo ultimo al quale mira l'istituto della Cassazione non è la giustizia della sentenza, ma la esatta interpretazione della legge *in thesi* (39), abbia potuto giungere alla conseguenza che debba esser cassata ogni sentenza, anche giusta, che contenga nella sua motivazione una deviazione dalla interpretazione esatta della legge: e, se il KOHLER, affermando che « la Corte di cassazione, quando rileva una violazione di diritto, deve sempre annullare, anche se la sentenza è assolutamente giusta » (40), ha voluto intendere che la cassazione può essere pronunciata anche se la violazione di legge non è in rapporto di causalità colla sentenza (41), egli con ciò è caduto innegabilmente in errore, ma il suo errore è una conseguenza logica della premessa da lui accolta (retro, n. 70), secondo la quale dinanzi la Corte di cassazione l'annullamento non deriva dal riconoscimento di un diritto di impugnativa del ricorrente, ma da un atto primario e indipendente di una autorità non giurisdizionale.

A queste inevitabili conseguenze di premesse sbagliate non si giunge quando si tenga presente, invece, il principio che la Corte di cassazione annulla solo in quanto riconosca esistente nel ricorrente un diritto a ottenere la cassazione (retro, nn. 72-73); il che equivale a dire che, anche per il nostro ricorso in Cassazione vige

---

(37) Cfr. infatti Vol. I, n. 160, nota 3, pag. 461 [ora nel Vol. VI delle *Opere*, nota 26, pag. 424].

(38) Cfr. l'art. 531 CPP, il quale esclude la cassazione per quegli errori di diritto che « non abbiano avuto influenza sul dispositivo », ma per tutelare anche in questo caso l'interesse pubblico alla esatta interpretazione in astratto dispone che « peraltro le censure e rettificazioni occorrenti devono essere specificate nella sentenza della Corte di cassazione. Il presidente le comunica al giudice che pronunciò la sentenza impugnata ».

(39) Cfr. IONAS, *Studien*, pag. 288.

(40) *Zivilprozessrecht*, pag. 355.

(41) Non credo che il KOHLER voglia riferirsi al caso della cassazione per *error in procedendo*, nella quale il solo vizio di costruzione produce l'annullamento della sentenza anche giusta in merito, perché ciò avviene anche nella revisione germanica (*CPO*, § 551); può darsi però che il KOHLER intenda (e in questo caso la sua affermazione non sarebbe erronea) che la nostra Cassazione, a differenza della Revisione germanica, non può, qualora rilevi la esistenza della violazione di legge causale, denunciata dal ricorrente, tener fermo, non ostante, il dispositivo per altre volontà di legge decisive nella controversia (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1039, oltre n. 75 *b*).

la regola, nettamente posta dal diritto processuale tedesco (§ 563, *CPO*, Vol. I, n. 216 *a*) per la *Revision*, che in tanto l'interesse pubblico all'esatta interpretazione può farsi valere in quanto si accompagni ad esso l'interesse privato a far annullare, attraverso questa interpretazione, una sentenza da cui il ricorrente si sente gravato: onde, quando la Corte di cassazione è messa in moto da un ricorso di parte, essa non può pronunciare l'annullamento della sentenza denunciata, qualora questa sia ingiusta per un *error in iudicando* da cui l'interesse dello Stato alla uniforme interpretazione della legge non sia violato (errore di fatto); come, inversamente, essa non può pronunciare l'annullamento di una sentenza che contenga nella sua motivazione un errore di diritto, che lo Stato avrebbe interesse a riprovare, ma che non ha prodotto sul dispositivo quelle conseguenze pratiche dalle quali solamente l'interesse individuale può sentirsi ferito. Il ricorso per cassazione si basa, insomma (fuor del caso del ricorso nell'interesse della legge) in una inscindibile cooperazione dell'interesse pubblico coll'interesse privato: se uno di questi due coefficienti viene a mancare, viene anche a cessare la ragion d'essere dell'istituto.

75. — *b*) Dalla natura schiettamente giurisdizionale della Corte di cassazione e dal concepire il ricorso in cassazione come l'esercizio di un diritto subiettivo di impugnativa scaturisce chiarissima la ragione di un altro principio che già nella Parte storica abbiamo incontrato nel diritto francese (vol. I, n. 200, *a*, *α*) e che a lungo dovremo in seguito commentare anche nel diritto italiano: il principio, cioè, che la Corte di cassazione non può rilevare di ufficio difetti della sentenza denunciata non dedotti nel ricorso (42). Se il ricorso del privato fosse soltanto il mezzo per mettere in moto la Corte di cassazione nell'interesse pubblico, per eccitarla a indagare obiettivamente, nell'utilità dello Stato, se l'ordinamento giuridico è stato violato dalla sentenza denunciata, si potrebbe pensare che la Corte di cassazione, una volta messa in moto, fosse libera di annullare la sentenza anche per errori di diritto *in iudicando* diversi da quelli rilevati dal ricorrente, dal momento che la regola *Iura novit curia* metterebbe la Corte di cassazione in grado di fare una critica diretta su tutta quanta la motivazione *in iure* della sentenza denunciata, e di rendersi immediatamente conto di tutte le violazioni di legge in essa contenute, anche se sfuggite alla critica del ricorrente.

---

(42) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1054.

A questa conclusione è invece impossibile giungere quando si tenga presente che oggetto della sentenza della Corte di cassazione è la esistenza di una concreta volontà di legge che garantisca l'interesse del ricorrente a ottenere l'annullamento, e che il ricorrente fa valere dinanzi alla Corte di cassazione un suo diritto di impugnativa basato su quel singolo vizio che egli denuncia nel suo ricorso. Il diritto di cassazione che la legge attribuisce al privato è un diritto potestativo, cioè un potere giuridico del ricorrente di produrre l'annullamento della sentenza denunciata mediante sentenza di giudice (43): questo diritto potestativo non differisce da quei diritti di impugnativa che il diritto privatc concede in alcuni casi contro un negozio giuridico viziato da determinati difetti (44), se non in quanto, mentre essi mirano a produrre una variazione in una situazione nata dal diritto privato, questo mira a produrre una variazione in una situazione giuridica che si è formata in seguito a un provvedimento processuale (sentenza) (45); ma la diversa origine delle situazioni giuridiche che il diritto di impugnativa mira a rimuovere, non porta che il diritto ad ottenere l'annullamento di una sentenza per un difetto che la vizia debba processualmente essere trattato in modo diverso dal diritto ad ottenere l'annullamento di un negozio di diritto privato, difettoso e per questo annullabile. Ora, come il diritto di impugnativa di un negozio di diritto privato si concreta per la esistenza di un fatto giuridicamente rilevante, cioè per la esistenza di un vizio che la legge considera come motivo di annullabilità, così il diritto di cassazione di una sentenza si appoggia sulla esistenza di una determinata violazione di legge, la quale, quando questo diritto viene fatto valere dinanzi al giudice, costituisce la *causa petendi* dell'azione di impugnativa, cioè uno degli elementi nei quali l'azione stessa si individua e si rende riconoscibile di fronte a qualunque altra azione. Ciascun errore di interpretazione esistente nella sentenza è il fatto costitutivo di un separato diritto di impugnativa; e poiché il ricorrente, denunciando un determinato vizio della sentenza, intende con ciò far valere il diritto di impugnativa da questo singolo vizio nascente, non potrebbe la Corte di cassazione annullare la sentenza per un vizio diverso da quello denunciato, senza giudicare su un'azione

(43) Chiovenda, *Principii*, pag. 180; *Azione*, n. 13. Oltre, n. 84.

(44) Chiovenda, *Azione*, pag. 109, enumera senza distinzione tra i diritti potestativi « i diritti di impugnare atti giuridici diversi, contratti, testamenti, matrimonio... *sentenze, atti esecutivi* ».

(45) Hellwig, *System*, § 17, II, 3 *c*.

assolutamente diversa da quella fatta valere e senza incorrere pertanto in *extra petita*. La particolarità del caso, che potrebbe confondere un po' le idee, è questa: che mentre per le impugnative dei negozî di diritto privato il fatto costitutivo del diritto di impugnativa è un fatto di cui il giudice non può tener conto se non in quanto sia provato dalle parti (per es. la captazione), per la impugnativa della sentenza che il ricorrente fa valere in Cassazione il fatto costitutivo del diritto di impugnativa è la esistenza di un errore di diritto, il quale, in un giudizio di merito, potrebbe essere rilevato direttamente dal giudice, senza bisogno di prove, in virtù del principio *Iura novit curia*. Senonché la speciale funzione che questo errore di diritto esercita in cassazione — di essere cioè l'elemento costitutivo di un diritto di impugnativa — obbliga il giudice in questa sede a considerarlo come un fatto, cioè a vedere in esso, quando sia denunciato dal ricorrente, la *causa petendi* dell'azione dedotta in giudizio, mentre altri errori di diritto che il giudice di cassazione sarebbe in grado di rilevare d'ufficio nella sentenza impugnata non possono qui essere considerati come motivi di annullamento, perché costituiscono tante *causae petendi* di altrettante azioni di impugnativa che il ricorrente avrebbe potuto esercitare, ma che non ha esercitato (46). Il motivo per il quale il ricorrente chiede la cassazione, ossia la *causa petendi* dell'azione di impugnativa, è dunque « la esistenza nella motivazione della sentenza di un determinato errore di interpretazione per effetto del quale (*error causalis*, retro, n. 74 *a*) il giudice di merito ha ritenuto come esistente una volontà di legge inesistente, o viceversa »; la Corte di cassazione, se non vuole eccedere dai confini del suo ufficio si deve limitare a risolvere due questioni: 1° se esiste la denunciata erronea interpretazione di legge; 2° se questa interpretazione sia stata causa della dichiarazione relativa alla concreta volontà di legge; ma non può spingersi a esaminare altre questioni, cioè se, pur non esistendo la erronea interpretazione denunciata dal ricorrente, esistano altri errori di interpretazione che si ripercuotano nel dispositivo, o se, pur esistendo la erronea interpretazione che il giudice di merito ha posto a base della sua sentenza, la sentenza come concreta dichiarazione di diritto può tuttavia reggersi per cause diverse da quella presa in considerazione dal giudice. Onde, in conclusione, il principio *Iura novit curia* può essere applicato dal giudice di cassazione soltanto

---

(46) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 285; GATTI, *Autorità del giudicato civile*, n. 19.

nell'ambito della questione, se esista nella sentenza denunciata il vizio di interpretazione rilevato dal ricorrente: solo per risolvere questo punto la Corte di cassazione potrà invocare testi di diritto non invocati dal giudice di merito, o seguire diversa via di ragionamento giuridico (47).

Accade così nel nostro diritto processuale questa che può sembrare una strana contraddizione: che gli errori di interpretazione in cui sia incorso il giudice inferiore, mentre possono essere rilevati d'ufficio dal giudice di appello che mira all'attuazione del diritto in concreto, non possono essere rilevati d'ufficio dalla Corte di cassazione, cioè proprio da quell'organo giudiziario che ha come scopo specifico il controllo sulla interpretazione giurisprudenziale! (48). Ma questa apparente contraddizione non è che la conseguenza logica della diversità di costruzione che passa tra

---

(47) CHIOVENDA, *Principii*, 1026. E in questi limiti soltanto può, nel nostro diritto attuale, la nostra Corte di cassazione supplire in diritto alle deficienze della sentenza denunciata, ossia respingere il ricorso, ritenendo che la questione, nella quale il ricorrente affermava essere intervenuta una erronea interpretazione di legge, è stata ben risoluta dal giudice di merito, ma in base ad argomentazioni giuridiche diverse da quelle che secondo la Corte di cassazione sono le vere. Per es., il giudice di merito ha respinto un'eccezione di prescrizione dedotta dal convenuto, ritenendo che l'azione fatta valere dall'attore sia una azione di accertamento e che « le azioni di accertamento rinascono ad ogni istante e sono per questo imprescrittibili »; il convenuto soccombente denuncia la sentenza di cassazione affermando che il giudice ha erroneamente risolto la questione di massima « se le azioni di accertamento siano prescrittibili ». La Corte di cassazione deve mantenersi nell'àmbito di questa questione, ma può, respingendo il ricorso, correggere il ragionamento del giudice di merito, per giungere con diverse argomentazioni alla sua stessa risoluzione di massima: può, per esempio, dire che « le azioni di accertamento non sono prescrittibili, ma non già perchè rinascano ad ogni istante, bensì perché non tendono a far cessare uno stato di fatto contrario al diritto » (Cfr. CHIOVENDA, *Azione*, 122). Il principio *Jura novit curia* è applicabile dunque dinanzi al giudice di cassazione solo per gli *arguments nouveaux*, non per i *moyens nouveaux* (cfr. per questa terminologia francese, Vol. I, n. 200 e JAPIOT, *Traité*, n. 1143). Un esempio dei limiti in cui il principio è applicabile è dato dalla sentenza Cass. Torino, 15 settembre 1891 (in « Giur. Tor. », 1891, 728), la quale, trattandosi di decidere se fosse da cassare la sentenza impugnata per la violazione, denunciata dal ricorrente, di una antica legge di diritto comune, ricercò d'ufficio se in quella materia fosse ancora in vigore il diritto comune, quantunque il controricorrente non avesse sollevato eccezione al riguardo. Qui la Cassazione non faceva altro che indagare se fosse giuridicamente esistente il vizio denunciato dal ricorrente: ed esercitava strettamente un suo innegabile potere. Curioso è poi che proprio questa sentenza è citata dal MATTIROLO, *Trattato*, IV, pag. 1088 per sostenere che la Corte di cassazione può d'ufficio rilevare anche i vizî non dedotti nel ricorso! Su questo argomento cfr. la nota ultima al n. 100.

(48) Cfr. ciò che su questo punto scrive, *in iure condendo*, il MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1195.

l'appello e il ricorso per cassazione, cioè tra un mezzo di gravame che mira a provocare una nuova statuizione sul rapporto deciso in prima istanza, e una azione di impugnativa che mira a ottenere l'annullamento di una sentenza per un determinato vizio (49).

76. — Si è veduto che lo Stato, che di solito, per l'attuazione del suo interesse all'attuazione del diritto obiettivo nelle sue volontà concrete, si rimette alla iniziativa dei privati, interviene direttamente con un suo organo esecutivo a dare impulso alla funzione giurisdizionale, quando l'importanza sociale, che esso attribuisce alla concreta volontà di legge da attuare, è tale che dall'inerzia dei privati deriverebbe un danno collettivo (retro, n. 52). In questi non frequenti, ma pure possibili casi, in cui lo Stato si fa attore in giudizio per chiedere l'attuazione di una concreta volontà di diritto privato, il P. M. viene ad assumere nel processo la veste di una parte in causa, cui competono tutte le facoltà di cui i privati litiganti possono giovarsi per la migliore tutela del loro interesse: onde al P. M., il quale veda in appello respinta dall'organo giurisdizionale la sua domanda volta ad ottenere nell'interesse dello Stato una concreta dichiarazione di legge, compete, alle condizioni e nei termini in cui competerebbe al privato, il diritto di ricorrere in cassazione, allo scopo di far annullare la sentenza la quale non contiene una concreta statuizione conforme a quello che, a suo parere, è l'interesse dello Stato (50). In questo caso il giudizio di Cassazione è messo in moto da un organo dello Stato, come accade nel caso di ricorso presentato nell'interesse della legge (retro, n. 57); ma i due casi non devono assolutamente essere tra loro confusi, perché l'interesse pubblico che il P. M. mira a tutelare, quando ricorre come parte soccombente contro la sentenza d'appello (interesse all'at-

---

(49) Chiovenda, *Principii*, 1026. La stessa differenza, derivante da diversità di costruzione processuale, si trova anche tra la nostra Cassazione e la Revisione germanica, per la quale (*CPO*, § 559) il Tribunale di revisione, nell'esaminare se la legge sia stata violata non è limitato dai motivi di revisione fatti valere dalle parti. Cfr. Kries, *Rechtmittel*, § 17, ed oltre, n. 136. Si studierà nella Parte speciale, se le limitazioni di cui si è finora discorso (nn. 74 e 75) debbano ritenersi esistenti anche quando la Corte di Cassazione decide su ricorso nell'interesse della legge, o se possa questo istituto superare nell'interesse pubblico le restrizioni entro cui è contenuta l'attività della Corte di cassazione, quando decide su ricorso di parte.

(50) Sul diritto del P. M. a ricorrere in cassazione nelle cause in cui è stato parte in primo e in secondo grado, cfr. Gargiulo, *Cassazione*, n. 173; Garsonnet, *Trattato*, I, § 195 e segg.

tuazione del diritto obiettivo nelle sue volontà concrete) è ben diverso da quell'interesse pubblico (all'esatta interpretazione del diritto obiettivo nella sua significazione astratta) che il P. M. mira a tutelare quando ricorre nell'interesse della legge. In queste due diverse forme di ricorso (che del resto differiscono fra loro anche per la diversità delle loro condizioni di esercizio) (51) appare chiarissima la profonda diversità degli scopi che, attraverso l'organo di cassazione, lo Stato può in circostanze diverse raggiungere (retro, n. 49): quando il P. M. ricorre come parte contro la sentenza d'appello, esso fa ciò perché ritiene che la sentenza sia ingiusta nel suo dispositivo e perché vede nella cassazione un mezzo per rimuovere questa ingiustizia; mentre, quando ricorre nell'interesse della legge, non mira a rimuovere l'effetto della concreta pronuncia, la quale ormai è irrevocabile nel suo dispositivo (retro, n. 61: art. 519 CPC), ma soltanto a far riprovare la sua scorretta motivazione. In quest'ultimo caso il P. M. vede nella riprovazione della inesatta interpretazione uno scopo finale per lo Stato, mentre nel caso precedente la censura della inesatta interpretazione gli appare soltanto come un mezzo per raggiungere uno scopo finale ben diverso (cioé l'attuazione in una sentenza giusta della concreta volontà di legge). Anche in quest'ultimo caso lo Stato, attraverso l'impulso dato alla cassazione dal P. M. che mira alla concreta attuazione del diritto, riesce contemporaneamente a tutelare l'interesse alla esatta interpretazione della legge cui l'istituto della Cassazione serve in ogni caso; ma, come nel caso di ricorso presentato da un privato, lo Stato sfrutta per l'utilità collettiva l'interesse privato (retro, n. 64), così nel caso di ricorso in cassazione presentato dal P. M. parte in causa, l'istituto della Cassazione riesce, per così dire, a porre un interesse pubblico a servizio di un altro interesse pubblico ben diverso, cioè a sfruttare, per lo scopo di mantenere l'esatta interpretazione giurisprudenziale, l'interesse alla concreta attuazione del diritto obiettivo che, in quel caso speciale, è lo scopo ultimo per il quale l'organo esecutivo dello Stato si è messo in moto.

77. — L'analisi compiuta in questo e nel precedente capitolo del rapporto in cui si trova, nel giudizio di cassazione, l'interesse collettivo con quello individuale, e del « congegno » processuale attraverso il quale la attività del privato è sfruttata per il raggiungimento di uno scopo di utilità pubblica, ci permette di affer-

---

(51) Cfr. GARGIULO, *Cassazione*, nn. 623-633; cfr. anche gli art. 503-509 del CPP.

mare, come conclusione di questa prima parte dello studio teorico, che la Corte di cassazione è, nel nostro ordinamento giuridico, un organo essenzialmente giurisdizionale; e che, quando non si trascurino i tratti caratteristici ch'essa ha gradualmente assunto nella sua evoluzione, non si può più oggidì scorgere in essa un organo di natura esecutiva, come era nelle sue origini (Vol. I, n. 177) e come la scienza tedesca si ostina anche oggi a considerarla. Ho ripetutamente insistito nel rilevare come lo scopo che lo Stato si è proposto istituendo la Corte di cassazione sia uno scopo ben diverso da quello che lo Stato mira a raggiungere attraverso gli altri organi giurisdizionali: poiché, mentre questi sono istituiti per dichiarare e per attuare quelle concrete volontà di legge che sono nate, prima e fuori del processo, all'indirizzo dei privati, quella è istituita per controllare che i giudici, nell'esercizio della funzione ad essi delegata dallo Stato, eseguano il precetto che impone loro di decidere *secundum legem* le questioni di diritto: la Corte di cassazione, dunque, si presenta nella sua prima ragione d'essere come un organo di controllo giuridico sul funzionamento degli organi giurisdizionali, come un sindacato interno dello Stato sull'attività dei suoi giudici, istituito a salvaguardia dell'ordinamento costituzionale. Ma questa funzione di controllo (il cui duplice intento, di difesa della legge e di mantenimento della uniformità della interpretazione, si fonde nello scopo unico di mantenere la esatta interpretazione della legge: retro, Capitolo IV) non si esplica di solito direttamente, con diretta sorveglianza dell'organo sindacatore sugli organi da sindacare, ma viene ad essere esercitata in modo indiretto, in quanto, cioè, il privato denunci all'organo di controllo che il giudice è incorso in una violazione di legge, e chieda l'annullamento della sentenza pronunciata in seguito a questa violazione. Così l'organo di controllo sull'attività dei giudici si trasforma in un organo che ha l'ufficio di dichiarare e di attuare le concrete volontà di legge che garantiscono al privato il diritto di ottenere l'annullamento di quegli atti del giudice per reprimere i quali l'organo di controllo è istituito: onde non solo si deve riconoscere oggidì che la Corte di cassazione è un organo *giudiziario*, cioè facente parte del nostro ordinamento giudiziario positivo (nel quale sono compresi anche organi non giurisdizionali, come ad esempio gli ufficiali del P. M.), ma non si può più neppure negare che la funzione da essa esercitata è ormai pura *giurisdizione* (52). E tuttavia v'è una

(52) Cfr. lucidamente MORTARA, *Comm.*, II, nn. 17 e segg.; cfr. però per qualche riserva, oltre, n. 97.

ragione fondamentale per distinguere la giurisdizione che esercita la Corte di cassazione da quella che esercitano i giudici ad essa sottoposti, che, in antitesi ad essa, si sogliono chiamare « giudici di merito » (53): poiché, se ormai anche la Corte di cassazione attua, come i giudici di merito, concrete volontà di legge che tutelano interessi privati (diritto del ricorrente ad ottenere la cassazione), tuttavia lo *scopo* pubblico che la Corte di cassazione si propone di raggiungere attraverso l'esercizio della giurisdizione è ben diverso, come si sa, da quello scopo pubblico per il quale esercitano la loro funzione i tribunali di merito. Organo di controllo sui giudici inferiori, la Corte di cassazione continua, dunque, ad essere anche oggi: ma per esercitare nel modo più fruttuoso questo suo controllo, essa si adatta ad apparire, di fronte ai privati litiganti, come un vero e proprio organo giurisdizionale che serve ai loro interessi individuali. Così, poiché nella Corte di cassazione l'esercizio della giurisdizione non è scopo, ma mezzo (inquantoché nel soddisfare giurisdizionalmente l'interesse privato la Corte di cassazione trova la occasione più propizia per controllare l'operato dei giudici), si intende come l'esercizio stesso sia contenuto entro quegli stretti limiti, oltre i quali esso non gioverebbe più al raggiungimento dello scopo speciale che la Corte di cassazione si propone; in altre parole la funzione della Corte di cassazione, se non si diversifica, *come funzione*, da quella dei tribunali di merito, si distingue invece profondamente da quella *per il suo oggetto*, perché, mentre i tribunali di merito accertano ed attuano in genere tutte quante le concrete volontà di legge che garantiscono al privato un bene della vita, la Corte di cassazione accerta ed attua soltanto quelle concrete volontà di legge (processuale) che garantiscono al privato l'annullamento di una sentenza viziata da speciali difetti, cioè soltanto quelle concrete volontà di legge dal cui accertamento può derivare una utilità allo scopo fondamentale che lo Stato si propone di raggiungere attraverso la Corte di cassazione. Credo, pertanto, perfettamente giusta l'osservazione del LEUE, il quale fin dal 1861 scriveva (54) che « La Corte di cassazione per le parti è un tribunale, che giudica sulle azioni colle quali esse impugnano per errore di diritto le sentenze dei tribunali ordinarî; per lo Stato è un organo politico, che ha l'ufficio di conservare l'unità del diritto e i limiti di competenza fra i giudici ».

---

(53) Nel senso in cui questa parola è usata, per es., nell'art. 508 CPC.
(54) *Ideen*, pag. 124.

CAPO TERZO

LO STRUMENTO PROCESSUALE PER IL RAGGIUNGIMENTO DELLO SCOPO DELLA CASSAZIONE

CAPITOLO VII

I VIZÎ DELLA SENTENZA E I MEZZI PER FARLI VALERE

SOMMARIO: 78. Richiamo sulla differenza tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando*. — 79. Classificazione generale di tutti i vizî, proprî o derivati, da cui può essere affetta una sentenza. — 80. Osservazioni sui criterî che informano questa classificazione. — 81. I. Vizî di attività (*errores in procedendo*): quali di essi si ripercuotono sulla sentenza. — 82. Diversi gradi di invalidità della sentenza per *errores in procedendo*: *a*) sentenza giuridicamente inesistente; *b*) s. revocabile; *c*) s. annullabile per *errores in iudicando*. — 84. Azione di giudizio (*errores in iudicando*). Regola secondo la quale la ingiustizia della sentenza non ha effetti sulla sua validità; eccezioni: *a*) s. assolutamente nulla; *b*) s. revocabile; *c*) s. annullabile per *errores in iudicando*. — 84. Azione di impugnativa e azione di accertamento, considerate come mezzi per far valere i vizî della sentenza. — 85. Concetto di pluralità delle istanze. — 86. Concetto, che ne deriva, di diritto di gravame e di mezzo di gravame. — 87. Condizione della sentenza soggetta a gravame; varie teorie: *a*) MORTARA-KOHLER; *b*) CHIOVENDA; *c*) ROCCO (U.); *d*) VASSALLI. — 88. La sentenza soggetta a gravame come atto soggetto a condizione sospensiva. — 89. Analisi delle differenze che passano tra l'azione di impugnativa e il mezzo di gravame. — 90. Possibilità che nei diritti positivi questi due istituti si intreccino.

78. — È noto che il processo, come si detrae dalla stessa etimologia della parola, è nella sua manifestazione esteriore una serie di atti umani tra loro concatenati, che si coordinano e si susseguono nel tempo, allo scopo di produrre (processo di cognizione) una dichiarazione giurisdizionale che accerti qual'è la concreta volontà di legge, sôrta, per il verificarsi della fattispecie controversa, dal diritto obiettivo (1); le attività umane (del giu-

(1) Cfr. WACH, *Urteilsnichtigkeit*, I, 393.

dice e delle parti) che compongono il processo sono minutamente regolate dal diritto obiettivo (diritto processuale), nell'intento di renderle più che sia possibile idonee a raggiungere lo scopo al quale esse sono preordinate, cioè a provocare una dichiarazione giurisdizionale che proclami come volontà di legge quello che *effettivamente* la legge ha voluto (sentenza *giusta*); talché, in sostanza, esse si riducono ad essere un seguito di atti per la raccolta di materiali di cognizione (fase istruttoria), che possano mettere il giudice in grado di accertare i termini della controversia e la volontà di legge che la dirime (fase decisoria).

Poiché tutte le attività umane sono per loro natura soggette a errore, può darsi che la condotta dei soggetti processuali non si svolga nel processo in modo conforme alle regole del diritto obiettivo, e che, pertanto, uno o più degli atti coordinati nel modo suddetto siano eseguiti in modo diverso da quello voluto dalla legge, o addirittura siano, contro la volontà della legge, tralasciati. Si produce allora una *inesecuzione di legge processuale,* in quanto alcuno dei soggetti del processo non esegue ciò che questa legge gli impone (inesecuzione *in omittendo*), o esegue ciò che questa legge gli vieta (inesecuzione *in faciendo*), o si comporta in modo diverso da quello che la legge prescrive: questa *inesecuzione di legge processuale* costituisce nel processo una irregolarità, che gli Autori moderni chiamano un « vizio di attività » (2) o un « difetto di costruzione » (3), e che la dottrina del diritto comune chiamava un « *error in procedendo* ». Se, come si è accennato, le regole di condotta che la legge pone ai soggetti del rapporto processuale mirano a facilitare il raggiungimento di una sentenza giusta, potrà darsi che la inesecuzione di legge che vizia uno degli atti costituenti il processo, si ripercuota sul *contenuto* dell'atto finale del processo, cioè sulla giustizia della sentenza; ma questo effetto è solo possibile, non già necessario, onde in ogni modo il vizio di attività esiste per sé stesso, come conseguenza della inesecuzione di legge processuale, e indipendentemente da questo suo effetto meramente eventuale.

Abbiamo veduto che gli atti del processo mirano, nella loro fase iniziale, a fornire al giudice gli elementi di cognizione in base ai quali egli potrà pronunciare la sua sentenza; ma dalla semplice cognizione di questi elementi raccolti nella istruttoria la sentenza non scaturisce, e occorre che ad essa il giudice giunga attraverso

---

(2) CHIOVENDA, *Principii,* § 76, II.
(3) Cfr. *Vizî della sentenza,* n. 4.

un paziente lavoro logico di raffronto dei materiali di fatto, fornitigli dal processo, colle norme giuridiche ch'egli conosce per dovere d'ufficio. Questo lavoro logico, che si svolge tutto quanto nel pensiero del giudice, è quello che *stricto sensu* costituisce il *giudizio*, e che, come ripetute volte ho accennato nel corso di questo lavoro, risulta da una serie di sillogismi attraverso ai quali il giudice, paragonando la fattispecie concreta colla fattispecie legale di una o più norme giuridiche, deduce a guisa di conclusione quale sia nel caso pratico la concreta volontà di legge da proclamare come esistente nella sentenza. Ora può darsi che la volontà concreta di legge proclamata dal giudice come esistente nella sua sentenza non coincida colla volontà *effettiva* della legge (sentenza *ingiusta*), perché, pure essendosi svolti in modo regolare gli atti esteriori costituenti il processo (immune, così, da *errores in procedendo*), il giudice sia caduto in errore durante lo svolgimento della sua attività intellettuale, in modo che il difetto inerente ad una delle premesse logiche si sia necessariamente ripercosso sulla conclusione. In questo caso, in cui la ingiustizia della sentenza deriva da un errore intervenuto nel ragionamento che il giudice compie nella fase di decisione, gli Autori moderni parlano di un « vizio di giudizio » (4), che la più antica dottrina chiamava un « *error in iudicando* » (Vol. I, n. 61).

Si è cercato recentemente da qualcuno (5) di negare la tipica differenza che passa tra questi due gruppi di vizi, osservando che in fondo anche l'*error in iudicando* si riduce ad essere una inesecuzione di legge processuale, poiché il giudice, quando incorre in esso, contravviene al precetto processuale che gli prescrive di pronunciare una sentenza giusta; ma mi sembra di aver esaurientemente dimostrato, con una apposita trattazione (6), la infondatezza di questo attacco alla distinzione tradizionale, la quale parte dall'osservare che l'*error in iudicando*, se pure ha sempre la sua origine in un vizio di attività (ma sempre di attività intellettiva), porta sempre con sé, come immediata conseguenza, una *erronea*

---

(4) Chiovenda, *Principii*, § 76, II.

(5) Beling, *Revision*, cit., specialmente pag. 130-135.

(6) *Distinzione tra « error in iud. » ed « error in proc. »*, cit. Sulla importanza pratica di questa distinzione si mostra tuttavia assai dubbioso il Carnelutti, *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura* (in: « R. d. co. », 1918, nn. 1-2, P. 1ª) n. 10; a me sembra, invece, che tale distinzione abbia, e più debba avere *in iure condendo*, importantissime conseguenze pratiche sulla struttura della Cassazione: cfr. oltre, capit. XIII.

dichiarazione di legge (sostanziale o processuale) relativa al rapporto giuridico controverso che forma oggetto del giudizio (7).

79. — La ripartizione delle irregolarità, da cui può esser viziato il processo, nei due gruppi sopra accennati può servire di base (8) a una classificazione di esse, che ci permetterà poi di intendere meglio la funzione di quegli istituti che la nostra legge chiama « mezzi per impugnare le sentenze » (art. 465 e segg. CPC).

I. DIFETTI DI ATTIVITÀ (inesecuzione di un concreto precetto processuale: *error in procedendo*).

1) *Mancanza, o irregolarità* (originaria o sopravvenuta) *degli elementi senza i quali non si può costituire o non si può svolgere un rapporto processuale valido* (domanda; presupposti processuali).

2) *Inesecuzioni di precetti processuali nel corso della fase istruttoria del procedimento* (fino alla chiusura della discussione).

3) *Inesecuzioni di precetti processuali nel corso della fase decisoria del procedimento*:

A) nelle attività degli organi giudiziarî dirette alla formazione del contenuto della decisione:

a) inesecuzioni di precetti regolanti attività esteriori;

b) inesecuzioni di precetti che stabiliscono i limiti entro i quali l'attività di decisione deve svolgersi;

[*c*) inesecuzioni di precetti regolanti le attività intellettuali (difetti di giudizio: oltre, n. II, 2)].

B) Nelle attività degli organi giudiziari dirette a dar forma di atto scritto al contenuto della decisione:

a) omissioni nel tenore della sentenza di indicazioni considerate come essenziali dal diritto processuale;

b) omissioni o errori di espressione, per cui ciò che l'atto scritto esprime non corrisponde a ciò che il giudice ha voluto esprimere.

C) Nelle attività degli organi giudiziari dirette a dare pubblicità all'atto scritto.

II. DIFETTI DI GIUDIZIO (falsa dichiarazione di una concreta volontà di legge relativa al rapporto controverso: *error in iudicando* in senso lato), derivanti da:

---

(7) *Ibid.*, n. 4, e in questo volume, retro, capit. II *passim*.

(8) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, § 76, II; CAMMEO, *Lezioni pr. civ.*, n. 198.

1) *Dolo del giudice.*

2) *Errore del giudice* (*error in iudicando* in senso stretto).

A) Nella risoluzione di una questione di diritto:

a) relativa alla premessa maggiore del sillogismo;

α) errore sulla esistenza o sulla validità, nel tempo o nello spazio, di una norma giuridica (cosid. « violazione di legge » *stricto sensu*);

α 1) di diritto scritto nazionale;

α 2) di diritto straniero o consuetudinario;

β) errore sul significato di una norma giuridica (cosid. « falsa interpretazione di legge »);

b) relativa alla premessa minore del sillogismo (errore sul rapporto che passa tra la fattispecie di una norma giuridica e la fattispecie concreta: cosid. « falsa applicazione di legge »);

c) relativa alla conclusione del sillogismo (errore sulle conseguenze giuridiche concrete che derivano dall'aver rettamente determinato il rapporto tra la fattispecie legale e la fattispecie controversa).

B) Nella risoluzione di una questione di fatto:

a) relativa a un fatto notorio;

b) relativa a un fatto oggetto di prova;

α) nel sistema della prova legale;

β) nel sistema della libera valutazione.

C) Nell'applicazione di una massima di esperienza:

a) relativa alla risoluzione di una questione di diritto;

b) relativa alla risoluzione di una questione di fatto.

D) Nel ragionamento:

a) mancanza di nesso di causalità tra premesse e conclusione (inconciliabilità tra motivazione e dispositivo: cosidetto « difetto di motivazione »);

b) deduzione da premesse corrette di una conclusione incerta, contraddittoria o ineseguibile per impossibilità.

3) *Difetti del materiale di cognizione*:

a) derivanti da inattività della parte nella sua difesa;

b) derivanti da circostanze estranee alla parte, che hanno menomato la sua libertà di difesa.

80. — Questa classificazione comprensiva di tutti i vizî che si possono produrre in un processo (di cognizione) dal suo inizio al suo normale esaurimento, ha bisogno di essere integrata da alcune osservazioni che chiariscano i criterî che la informano.

1) La classificazione si basa sulla contrapposizione, ormai acquisita, per merito del CHIOVENDA, anche alla scienza processuale italiana (9) tra vizî di attività e vizî di giudizio: essa però non disconosce che anche i difetti di giudizio possono aver la loro prima origine nella inesecuzione di un concreto precetto processuale (il precetto di decidere *secundum legem*), ma li distingue dagli altri *errores in procedendo*, perché il loro effetto, come si è detto (retro, n. 78), consiste sempre in una falsa dichiarazione di legge (cfr. retro, n. 79, I, 3 A, *c*).

2) Le espressioni di vizî di attività (*errores in procedendo*) e di vizî di giudizio (*errores in iudicando*) debbono essere intese in un senso ampio. Quando si parla di *errores in procedendo*, il pensiero corre subito ai casi di inosservanza di regole processuali che si verificano nel corso del procedimento (retro, n. 79, I, 2), mentre pare che la stessa espressione non sia adatta a comprendere quei casi in cui, meglio che la inesecuzione di un precetto, si ha la mancanza di un elemento necessario per la validità del rapporto processuale (retro, n. 79, I, 1); senonché anche questi casi possono agevolmente rientrare nel concetto di *error in procedendo*, quando si consideri che la mancanza di un elemento costitutivo rappresenta sempre una inesecuzione di quel precetto processuale che prescrive la presenza di determinati elementi per la validità del processo, e che d'altra parte può darsi che erri *in procedendo* il giudice che, quantunque il rapporto processuale sia invalido, continua ad agire senza rilevare questa invalidità. Qualcosa di simile si deve dire per il difetto di giudizio, il quale si verifica, secondo la classificazione, tutte le volte in cui si ha non coincidenza tra la volontà di legge esistente e quella dichiarata nella sentenza, anche se questa falsa dichiarazione non deriva da *errore subiettivo* del giudice. L'errore del giudice (*error in iudicando stricto sensu*) è una delle cause che producono la falsa dichiarazione di legge; ma un'altra causa può essere anche, p. es., la inerzia della parte (retro, n. 79, II, 3 *a*), il che non può considerarsi come un *error in procedendo*, perché non vi è un precetto processuale che imponga alla parte di produrre determinate prove. Io ho pertanto compreso sotto la categoria dei vizî di giudizio anche quei vizî estranei al ragionamento del giudice che però necessariamente producono una falsa conclusione del suo ragionamento.

---

(9) Cfr. CARNELUTTI, *Limiti del rilievo dell'err. in iud.*, cit.; Rocco (Ugo), *Cosa giudicata*, pag. 276; la contrapposizione è ora adottata anche dai penalisti: MANZINI, *Tratt. di proc. pen.*, II, n. 466.

3) Non è detto che la concreta volontà di legge relativa al rapporto controverso, di cui il difetto di giudizio produce la falsa dichiarazione, debba necessariamente appartenere al diritto sostanziale: è frequentissimo il caso in cui il giudice decide se esista una concreta volontà di legge processuale che garantisca, per es., un mezzo di prova alla parte; onde si potrà avere una « violazione », una « falsa interpretazione », una « falsa applicazione » di legge processuale (cfr. retro, n. 79: II, 2 A).

4) Da questa possibilità deriva la conseguenza che spesso si presentino nel processo dei difetti di natura complessa, i quali risultano dalla somma di un vizio di giudizio e di un vizio di attività da esso derivato (10): ciò avviene tutte le volte in cui l'atto del giudice non è che la materiale esecuzione di una concreta volontà che lo stesso giudice in una sua pronuncia interlocutoria ha erroneamente dichiarata come volontà di legge (processuale) (ad. es. potremo avere un vizio della specie II, 2 A, *a*, β che dia luogo ad un vizio della specie I, 2).

5) Vi ha una serie di difetti inerenti alla sentenza, i quali, a seconda del punto di vista da cui si guardano, possono essere considerati come difetti di giudizio o come difetti di attività (per es., una sentenza viziata da un difetto della specie II, 2 D, *b*, potrà facilmente considerarsi viziata da un difetto della specie I, 3 B, *a*).

6) Analogamente vi ha una serie di difetti che, secondo il modo con cui si considerano, possono riguardarsi come difetti che viziano l'intero rapporto processuale, o come difetti dell'attività di decisione (così può accadere per il vizio di eccesso di potere, che può essere fatto rientrare nella specie I, 1, o in quella I, 3 A, *b*).

81. — I) Dopo aver riassunto in una classificazione sinottica i vizî che si possono verificare in quella serie di atti, dai quali è composto un processo dal suo inizio alla sua normale chiusura, occorre ricercare (sempre tenendo conto, in modo generale, come comporta questa parte del mio studio, dei fenomeni processuali tipici, anziché di tutte le speciali possibilità del diritto positivo) quali possono essere gli effetti giuridici derivanti sulla sentenza dalla esistenza nel processo di uno di quei difetti sopra classificati. Tratterò prima dei vizî di attività, poi dei vizî di giudizio; avvertendo che, per obbedire alla necessità didattica di risalire dal semplice al complesso e di chiarificare distinguendo questa materia,

(10) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1030; e la mia *Distinzione*, n. 9.

oscurata spesso da sovrapposizione di idee prodotta da ragioni storiche, terrò per ora deliberatamente in disparte ogni riferimento alla pluralità delle istanze, limitando le mie osservazioni alla sentenza, contro la quale non sia più aperto quel diritto ad ottenere una ulteriore istanza, che costituisce, come a suo tempo vedremo (oltre, n. 86), il diritto di gravame (11).

1) Si è già detto che il processo è costituito da una serie di atti, tra loro coordinati verso un unico scopo, che è l'atto giurisdizionale con cui il processo si chiude: ciascuno di questi atti è singolarmente regolato dal diritto processuale, ma l'effetto giuridico, che da esso deriva qualora sia compiuto secondo il precetto processuale che lo riguarda, non è fine a sé stesso, sibbene contribuisce alla costituzione o allo svolgimento di quel rapporto giuridico in movimento, il cui punto d'arrivo dev'essere la sentenza: la quale dunque è il resultato complessivo del concorso di tutti gli effetti giuridici derivanti dai singoli atti processuali regolarmente compiuti. Tenendo presente questo carattere strumentale che hanno tutti gli atti processuali, si comprende come la irregolarità che vizî uno di essi possa ripercuotersi sugli atti successivi, il cui effetto giuridico dovrebbe normalmente essere una conseguenza dell'effetto giuridico dell'atto che li precede: e si comprende altresì come questa ripercussione della irregolarità di un atto sugli atti successivi si faccia sentire in una cerchia di diversa ampiezza, secondoché si tratti di una mancanza negli elementi costitutivi del rapporto processuale (retro, n. 79, I, 1) che produce una difettosità generale in tutto lo svolgimento del rapporto medesimo (12), o si tratti invece di un vizio inerente a un singolo atto del procedimento (retro, n. 79, I, 2) che si ripercuote solamente sugli atti « consecutivi che ne dipendono » (art. 58, 142 CPC). Questo semplice accenno alla concatenazione tra gli effetti giuridici dei singoli atti processuali basta a dimostrare che non è inutile ricercare quali conseguenze giuridiche possano produrre sulla sentenza le irregolarità intervenute nella costituzione del processo o nella fase istruttoria del procedimento: se, infatti, si intuisce senza bisogno di dimostrazione che possono ripercuotersi sulla validità della sentenza i vizî prodottisi nella fase decisoria del procedimento, cioè proprio in quella fase nella quale ogni atto mira immediatamente alla costruzione della sentenza, le osservazioni pre-

---

(11) Seguo il metodo già applicato nel mio scritto *Vizî della sentenza*, § 2, ai cui resultati mi riferisco.

(12) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, § 41.

cedentemente fatte ci autorizzano ad ammettere la possibilità che anche i vizî prodottisi in una fase anteriore del procedimento si ripercuotano sulla sentenza, epilogo di una serie di attività che sono tutte quante la sua, sia pur remota e mediata, preparazione.

Ammessa così la possibilità che sulla validità della sentenza possano riverberarsi anche le inesecuzioni di precetti processuali commesse fuori della fase decisoria, dobbiamo ora avvertire che non tutte le inesecuzioni di precetti processuali nel corso del processo hanno necessariamente conseguenze sul giudicato. Vi è anzitutto, anche nel diritto processuale, una serie di norme dispositive, la cui inesecuzione può validamente essere consentita dalle parti (13), e anche la inosservanza dei concreti precetti derivanti da norme processuali cogenti non ha sempre come sanzione necessaria la mancanza di quell'effetto giuridico che l'atto, in occasione del quale la inosservanza si è verificata, avrebbe prodotto se si fosse svolto regolarmente: può darsi infatti il caso che la inesecuzione rimanga senza sanzione, o che unica sanzione sia un'ammenda a carico del responsabile (14). Ma anche quando la inesecuzione di un precetto processuale che vizia un atto ha come conseguenza la inidoneità di quest'atto a produrre validamente l'effetto giuridico al quale esso è destinato, non è detto con questo che la invalidità propria del singolo atto debba in ogni caso farsi sentire sulla sentenza. Il processo, come un organismo vivo che reagisce colle proprie energie contro i germi patogeni che siano riusciti ad introdursi nel sangue, tende a eliminare le conseguenze dei difetti che lo viziano e a sanare in sé stesso le sue manchevolezze (15), talché non tutte le inesecuzioni di prescrizioni processuali che hanno conseguenze sulla validità dell'atto, impediscono in grado uguale gli effetti giuridici ai quali l'atto tende.

Può darsi infatti che queste conseguenze consistano unicamente nel potere dato a una parte di rilevare prima della sentenza l'esistenza del vizio e di chiedere che il giudice pronunci la inidoneità dell'atto viziato a produrre gli effetti giuridici cui era destinato (ciò può accadere sia per il gruppo dei vizî *sub* I, 1, sia per quelli *sub* I, 2: es. art. 56, cpv. 2°, e art. 187, cpv., CPC); in questo caso, ove la parte non si valga di questo suo diritto o non se ne valga nel termine prescritto, il vizio si considera sanato e il pro-

---

(13) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 104; Hellwig, *System*, § 4, II, 2.

(14) Chiovenda, *Principii*, § 43, III. Cfr. Japiot, *Des sanctions en matière de procédure*.

(15) Cfr. Bülow, *Dispositives Civilprocessrecht*, pag. 26.

cesso si svolge validamente, come se il vizio non fosse intervenuto; mentre, se essa si vale di questo suo diritto e ciò nonostante il giudice non accoglie la sua richiesta, il vizio rilevato e non riconosciuto trapassa nella sentenza che chiude il processo, come se fosse un vizio della sentenza medesima.

Può darsi altresì che le conseguenze della inosservanza del precetto processuale sulla validità dell'atto siano tali che debbano esser rilevate d'ufficio anche senza istanza di parte: in questo caso potrà accadere che il mancato rilievo da parte del giudice venga a costituire una sanatoria del vizio al momento in cui vien pronunciata la sentenza; o che, al contrario, il vizio del rapporto processuale o di un atto del procedimento, che il giudice ha mancato di rilevare, si trasfonda, come nel caso sopra notato, nel giudicato e si ripercuota sugli effetti giuridici di questo (16). La dottrina parla in questi casi di *nullità assoluta* o *insanabile* e *relativa* o *sanabile*, ovvero di *nullità* e *annullabilità*, del rapporto processuale o di un singolo atto del procedimento: qui però, poiché ai vizî del rapporto processuale o di singoli atti del procedimento si accenna soltanto di passaggio, in quanto essi si ripercuotano sulla validità della sentenza, si è di proposito evitata questa terminologia, allo scopo di riserbarla, per maggior chiarezza (17), alle diverse gradazioni della invalidità della sentenza.

82. — Dalle considerazioni precedentemente esposte resulta, dunque, che se la sentenza è talvolta viziata da un difetto di attività *propria*, cioè intervenuto nella fase decisoria (retro, n. 79, I, 3), tal'altra essa è viziata da un difetto di attività *derivato*, cioè da un difetto che ha la sua origine in una inesecuzione di legge processuale intervenuta nella costituzione del rapporto processuale o nello svolgersi del procedimento istruttorio.

Considerando ora in una categoria unica in relazione agli effetti i vizî di attività che inquinano la sentenza, senza distinguere se nella loro origine siano proprî o derivati, dobbiamo accennare come, secondo la diversa gravità del vizio, diversi possano essere

---

(16) Seguo, anche qui, gli insegnamenti del CHIOVENDA, *Principii*, § 4, II; § 41 *bis*; § 43; § 76, II, il quale però tratta separatamente i vizî del rapporto processuale da quelli del procedimento, mentre io, poiché mi occupo di questi vizî unicamente in quanto abbiano una ripercussione sulla validità del giudicato, comprendo ambedue le categorie sotto il concetto generico di inesecuzione di legge processuale (*error in procedendo*). Cfr. il § 295 *CPO* germanico, e su questo HELLWIG, *System*, § 173.

(17) Cfr. oltre, n. 115, in fine.

gli effetti di esso sulla validità del giudicato: sembrami che sia da accettare l'insegnamento di quella dottrina che questi effetti raccoglie nella seguente graduazione (18).

a) *Sentenza giuridicamente inesistente* (19): si ha tutte le volte in cui manca qualcuno di quegli elementi di fatto che la legge considera indispensabili a costituire il concetto giuridico di sentenza (20); in questi casi, anche se esteriormente si ha una apparenza di giudicato (*Scheinurteil*), si tratta in realtà di uno stato di fatto che giuridicamente non può essere sentenza (*Nichturteil*), e che della sentenza non ha alcun effetto, né entro il processo né fuori d'esso. È il concetto romano nella sua semplicità (Vol. I, n. 6); senonché le difficoltà sorgono quando si scende alle applicazioni pratiche, poiché i singoli casi di inesistenza del giudicato non possono essere fissati se non quando si concreti quali elementi di fatto siano da considerarsi come costitutivi del concetto di sentenza (21): si può dire però, in generale, che i casi di inesistenza debbono essere ricercati tra i difetti di attività delle specie I, 1 ed I, 3 B e C (retro, n. 79).

b) *Sentenza assolutamente nulla* (22): si ha tutte le volte in cui, pur essendo presenti quegli elementi di fatto che la legge considera indispensabili a costituire il concetto giuridico di sentenza, questa, giuridicamente esistente nel processo, non è idonea a raggiungere fuori del processo l'effetto essenziale di una sentenza, cioè a portare la certezza nel rapporto giuridico controverso (23). In che la nullità assoluta si distingua dalla inesistenza giuridica è, concet-

---

(18) Cfr. le ragioni nel mio scritto *Vizi della sentenza.*

(19) *Ibid.*, n. 5 A, *a.*

(20) È una definizione che non risolve il problema completo di stabilire, caso per caso, quando si sia dinanzi a una sentenza *inesistente;* ma è d'altra parte evidente che, volendo porre la teoria, bisogna ricorrere a tale astrattezza di concetto generale, per poi discutere ad uno ad uno i casi pratici; definizioni consimili adoperano del resto tutti gli Autori: dal CALDA, *Nullità assolute,* cap. I, che vede inesistenza di sentenza là dove mancano gli « elementi concettuali » della sentenza, al BALIGAND, pag. 180, che parla di mancanza dei « caratteri concettuali » (*Begriffsmerkmale*) della sentenza, dal WACH, *Urteilsnichtigkeit,* I, 397, che parla di mancanza dei « caratteri essenziali » (*wesentlichen Merkmale*), all'HELLWIG, secondo il quale si può parlare di sentenza inesistente, « ove manchi lo stato di fatto che la legge presuppone, quando parla di una sentenza » (*System,* I, pag. 554). Per la bibliografia, oltre, nn. 114-115, nelle note.

(21) Cfr. WACH, *Urteilsnichtigkeit,* I, § V. Il KROSCHEL, pag. 143, riduce questi elementi costitutivi ad uno, cioè alla presenza di un giudice.

(22) *Vizi della sentenza,* n. 9 B, *b.*

(23) Cfr. WACH, *Urteilsnichtigkeit,* I, 395, 399 e segg.; II, pag. 527 e segg. Cfr. anche CHIOVENDA, *Principii,* 898; CALDA, *Nullità assolute,* 362; BALIGAND, 172.

tualmente, abbastanza chiaro (24); ma, anche qui, i dibattiti sorgono quando si debba decidere se un determinato vizio produca l'una o l'altra conseguenza: si può anche qui dire, in generale, che i vizî onde ha origine la nullità assoluta appartengono (oltre il caso di cui oltre, n. 83 *a*) alla specie I, 1 (retro, n. 79).

c) *Sentenza annullabile* (25): si ha tutte le volte in cui una sentenza, fornita di tutti gli elementi necessarî alla sua esistenza giuridica e idonea nel suo contenuto a portare la certezza sul rapporto controverso, è tuttavia inquinata da un vizio di costruzione (*error in procedendo*), per cui sorge a favore di una parte il diritto di provocarne da parte del giudice la invalidazione: in questo caso la dottrina parla di *annullabilità* o anche di *nullità sanabile*, perché, ove la parte, nel termine che la legge le assegna, non si valga di questo suo diritto di provocare l'annullamento, la sentenza mantiene definitivamente piena efficacia, come se il vizio che la inquina non fosse mai esistito. I casi di annullabilità del giudicato sono assai più frequenti di quelli di inesistenza o di nullità assoluta: e in quasi tutte le specie di *errores in procedendo* enumerate nella classificazione si posson trovare dei vizî che diano luogo a questa invalidità relativa della sentenza (cfr. retro, n. 79, I, 1, 2, 3).

Se è canone fondamentale delle legislazioni moderne che, allo scopo di impedire il perpetuarsi delle liti, debba il processo per quanto è possibile sanare in sé stesso i suoi difetti e trasformare in casi di annullabilità quelli che nel diritto romano erano casi di assoluta inesistenza del giudicato (26), tuttavia la dottrina è concorde nel ritenere (e a questa ammissione son tratti anche gli scrittori francesi che pure insistono sul principio *voies de nullité n'ont pas lieu en France*) (27) che vi sono dei casi in cui non si può incominciare a considerare come sentenza ciò che non ha neppure i requisiti minimi di questo concetto, e in cui, di conseguenza, bisogna per forza accogliere la nozione di « inesistenza giuridica del giudicato ». Ma le divergenze si allargano quando una parte autorevole della dottrina (da noi il CHIOVENDA, il WACH in Germania) vuole introdurre tra i due termini di *inesistenza giuridica* e di *annullabilità* il concetto intermedio di *nullità assoluta* della sentenza

---

(24) Cfr. per questa distinzione, ma in relazione al rapporto processuale anziché alla sentenza: CHIOVENDA, *Principii*, § 41 *bis*, III.

(25) *Vizî della sentenza*, n. 6 *b*.

(26) BÜLOW, *Dispositives Civilprocessrecht*, pag. 23 e segg.; HELLWIG, *System*, § 174, IV.

(27) Cfr. vol. I, n. 201; specialmente GARSONNET, *Traité*, V, § 1978; JAPIOT, *Traité*, nn. 139 e segg.; e lo scritto *Sanctions* cit., pag. 243.

giuridicamente esistente, che qualche oppositore afferma inconciliabile col processo moderno (28). Ho espresso altrove (29) i motivi per i quali ritengo che tale inconciliabilità non esista, capitale fra tutti quello desunto dal considerare che nessuna decorrenza di termine può riuscire a dare a una sentenza, originariamente incapace per il suo contenuto a portare la certezza giuridica in un rapporto controverso, la idoneità a creare su di esso la cosa giudicata sostanziale, cioè la incontrovertibilità nei processi futuri (30): qui basti accennare che mentre il concetto di inesistenza giuridica e quello di annullabilità del giudicato trovano il loro parallelo nel campo del diritto privato, ove si distingue tra inesistenza e annullabilità del negozio giuridico (cioè tra il negozio che esiste soltanto in apparenza perché manca di taluno degli elementi necessarî, ed il negozio che ha tutti gli elementi, ma, a causa del vizio inerente ad uno di essi, è sottoposto ad essere annullato su richiesta di chi vi ha interesse) (31), non si trova nella dottrina privatistica una netta contrapposizione, simile a quella che la scienza processuale fa per la sentenza, tra inesistenza giuridica e nullità assoluta (32); e si comprende: poiché il concetto di nullità assoluta del giudicato è desunto dalla inidoneità di esso a raggiungere lo scopo di accertamento che si propone la funzione giurisdizionale, cioè da un carattere che non può trovare nessun termine di analogia nel campo del diritto privato.

83. — II) È regola fondamentale che la *ingiustizia* della sentenza, cioè la non coincidenza della volontà dichiarata nel dispo-

---

(28) Cfr. HELLWIG, *System*, § 173, I, e § 174, ove esclude che tra la sentenza inesistente (*Nichturteil*) e quella annullabile (*anfechtbar*) si possa ammettere il termine intermedio di sentenza nulla (*nichtig Urteil*). Il KOHLER, *Zivilpr.*, § 71, e *Proz. und Nichtproz.*, comprende sotto l'unica denominazione di *Nichtigkeit*, contrapposta alla annullabilità (*Anfechtbarkeit*), casi di inesistenza e casi di nullità assoluta del giudicato.

(29) Nello scritto *Vizî della sentenza*, cit.

(30) *Ibid.*, § 5.

(31) Cfr. BRUGI, *Istituzioni*, § 23, e più ampiamente: COVIELLO, *Manuale*, §§ 105-110; particolarmente interessante nel § 108 il riepilogo delle differenze tra negozio nullo e negozio annullabile.

(32) Quando i privatisti parlano di *nullità* del negozio giuridico intendono esprimere la stessa gradazione di invalidità che i processualisti esprimono colla frase *inesistenza giuridica*. Il BRUGI (§ 23, cit.) parla promiscuamente di inesistenza o nullità assoluta; il COVIELLO addirittura nega l'utilità di distinguere nel campo del diritto privato tra i due concetti (§ 105) e vede come carattere distintivo del negozio nullo la sua assoluta inesistenza. Analogie tra inesistenza della sentenza e inesistenza del negozio giur. in WACH, *Urteilsnichtigkeit*, I, pag. 396; HELLWIG, *System*, § 174, nota 1.

sitivo colla volontà *effettiva* della legge, non ha influsso sulla validità del giudicato (33): la ragione di questa regola si desume dal considerare che la funzione sociale della giurisdizione è quella di far cessare in modo definitivo le liti, portando la certezza e la indiscutibilità sui rapporti giuridici nei quali il diritto sia malcerto o controverso. Per raggiungere questo scopo occorre non tanto una decisione giusta, quanto una decisione stabile: ma « questa finalità utilitaria non può raggiungersi senza qualche sacrifizio: la cosa giudicata.. rinuncia alla utilità che potrebbe derivare dalla correzione degli errori eventualmente incorsi nella sentenza. Ma è ormai pacifico in generale che così si sacrifica un bene minore per un bene maggiore » (34). Se la validità del giudicato si facesse dipendere dalla sua giustizia, la giurisdizione verrebbe a porre, in luogo della controversia originaria, una nuova fonte di incertezza e di litigio: poiché praticamente l'unico mezzo per conoscere qual'è nel caso concreto la precisa volontà di legge è il ragionamento e l'apprezzamento personale, cioè un mezzo quanto altro mai subiettivo e relativo, i dibattiti che prima della sentenza si svolgevano fra i litiganti sulle reciproche loro ragioni nascenti dal rapporto sostanziale, rinascerebbero dopo la sentenza sulla giustizia e quindi sulla validità della decisione presa dal giudice; e il processo sarebbe un'interminabile fatica di Sisifo, che sposterebbe, ma non eliminerebbe, la ragione del dissidio. Si spiega così la assoluta necessità di stabilire che, quando la sentenza sia stata costruita attraverso un processo immune da vizî di attività, non sia lecito indagare se il ragionamento logico, che si è svolto per creare il contenuto di essa nell'« involucro » degli atti processuali, sia affetto da *errores in iudicando;* e che, di conseguenza, debba la volontà concreta, espressa dal giudice nella sua pronuncia, esser considerata, anche se ingiusta, come volontà effettiva di legge.

Questa regola, la quale è inseparabile dal concetto odierno di cosa giudicata, ammette peraltro le seguenti eccezioni:

a) Vi hanno anzitutto dei casi in cui il difetto di giudizio che vizia una sentenza formalmente regolare (cioè immune da *errores in procedendo* proprî o derivati: retro, nn. 81-82), è tale che il

---

(33) Chiovenda, *Principii*, pag. 79; *Azione*, nota 75 (in *Saggi*, pag. 99); *Cosa giudicata e competenza* (*Nuovi Saggi*), pag. 73. Questo principio è particolarmente accentuato dal Kohler, *Prozess und Nichtprozess*, pag. 137-138, e in *Zivilpr.*, § 2, dove esso è posto fra i principii fondamentali del processo. Cfr. anche Menestrina, *La pregiudiciale*, pag. 31.

(34) Cammeo, *Comm.*, I, 293; Chiovenda, *Principii*, pag. 911; Tuozzi, *Cosa giudicata*, n. 8.

dispositivo di essa è non solo ingiusto, ma inidoneo a portare la certezza giuridica nel rapporto controverso (retro, n. 79, II, 2 D, *b*): in questo caso le stesse ragioni che sopra ho esposte per dimostrare come non debba la validità del giudicato dipendere dalla sua giustizia, portano a concludere che non possa esser considerata come sentenza valida quella che non è capace di raggiungere praticamente lo scopo della cosa giudicata. Onde, pur non potendosi parlare qui di una sentenza giuridicamente inesistente, perché essa ha tutti gli elementi processuali del concetto di sentenza, dovremo vedere qui un caso di *nullità assoluta* del giudicato, simile a quelli accennati più sopra (retro, n. 82 *b*) (35).

b) Può darsi il caso in cui la sentenza, pur essendo il resultato di un processo assolutamente regolare e di un giudizio non viziato da errori del giudice (*errores in iudicando* in senso stretto: retro, n. 79, II, 2), sia però obiettivamente ingiusta, perché il giudice non ha avuto a disposizione tutti i materiali istruttorî necessari a risolvere secondo verità la questione di fatto. Se questa incompletezza del materiale di lite è derivata da volontaria inerzia della parte, nessun effetto può scaturirne sulla validità della decisione, poiché la parte si è valsa del suo diritto di disposizione e deve essa sola risentirne le conseguenze (retro, n. 79, II, 3 *a*); ma se la parte è stata ostacolata, per circostanze estranee alla sua volontà (per es. per il dolo della parte avversaria) nelle sue facoltà di difesa, in modo da trovarsi in condizione di inferiorità nel dibattito giudiziario, motivi di equità impongono di concederle un mezzo restitutorio, per invalidare la sentenza che, secondo lo stretto diritto, sarebbe perfettamente regolare nella sua costruzione processuale e nel suo contenuto (36). In questa ipotesi la sentenza è in sé pienamente valida, ma è sottoposta a perdere la sua efficacia qualora la parte danneggiata si valga del suo diritto ad ottenere la rescissione del giudicato: onde noi siamo qui dinanzi a una situazione processuale, non simile, ma analoga a quella della sentenza annullabile (retro, n. 82 *c*), da cui però giova tenerla

---

(35) *Vizî della sentenza*, n. 9 *b*. Gli scritti del WACH sulla nullità della sentenza hanno tutti lo scopo di dimostrare come sia assolutamente nulla la sentenza che condanni ad una prestazione ineseguibile. Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, 899, il quale però, pag. 1032, considera anche questo caso come una nullità derivante da vizio di attività (cfr. l'avvertenza data nel testo, n. 80, 5).

(36) È questo un caso di *restitutio in integrum*, istituto che è comune alla sentenza e al negozio giuridico. Cfr. vol. I, n. 4; e JACOBI, *Fehlerhaften Rechsgeschäfte*, pag. 74 e segg. Il KOHLER, *Zivilpr.*, § 76, e *Prozess und Nichtprozess*, pag. 114-115, chiama questo fenomeno una « reazione del diritto sostanziale sul diritto formale ».

distinta per la profonda diversità del motivo per il quale nei due casi la sentenza è soggetta a perdere la sua efficacia. Poiché questa funzione restitutoria contro il giudicato è nel nostro diritto esercitata dall'istituto della *revocazione* (oltre, n. 95, 2), mi sembra opportuno, ad evitare confusioni tra le due situazioni analoghe, distinguere dalla annullabilità per *error in procedendo* la *revocabilità* della sentenza per motivi di equità (37).

c) Vi sono finalmente alcuni casi in cui il semplice *error in iudicando*, di diritto (retro, n. 79, II, 2 A) o di fatto (*ib.*, II, 2 B), fa sorgere a favore della parte interessata il potere di provocare l'invalidazione della sentenza ingiusta, viziata da tale difetto di giudizio. Qui si ha un vero strappo alla regola, posta al principio di questo paragrafo, secondo la quale la validità della sentenza non dipende mai dalla sua giustizia; ma le speciali ragioni (eccezionale evidenza dell'errore di fatto; interesse pubblico minacciato dall'errore di diritto) che giustificano la anomalia di una sentenza *annullabile per vizio di giudizio* saranno meglio studiate a suo tempo, perché riguardano da vicino l'istituto del ricorso per cassazione.

84. — La dottrina privatistica che distingue, come si è visto (retro, n. 82 in fine), il negozio giuridicamente inesistente dal negozio annullabile, giustamente insegna che il mezzo per ottenere in giudizio il riconoscimento della invalidità del negozio viziato, ha natura profondamente diversa, secondoché il vizio importi la inesistenza o soltanto la annullabilità del negozio. Nel primo caso, infatti, la parte interessata può ottenere dal giudice la dichiarazione che il negozio non esiste, e che non è mai giuridicamente esistito, esperimentando una semplice azione di accertamento negativo (38); nel secondo caso, invece, la parte interessata esercita un suo diritto all'annullamento (39) per mezzo di un'azione costitutiva, diretta a provocare da parte del giudice un mutamento nello stato di diritto finora esistente, cioè la invalidazione di un negozio giuridico finora valido: talché, mentre nel primo caso, l'interessato fa valere in giudizio un suo mero diritto di azione (diritto di provocare l'accertamento giurisdizionale di ciò che già *è*) nel secondo caso egli esercita un diritto subiettivo d'annullamento, che è diverso dall'azione ma che non può essere fatto valere altro che per via d'azione (40) (*azione di impugnativa*: cioè diritto di provocare l'at-

(37) *Vizî della sentenza*, n. 7.

(38) Coviello, *Manuale*, § 106, pag. 334; Barassi, *Istituzioni*, § 44, II; Chiovenda, *Principii*, pag. 194.

(39) Coviello, pag. 337; Chiovenda, *ibidem*.

(40) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 188.

tuazione giurisdizionale del diritto d'annullamento). Il COVIELLO, passando in rassegna le differenze che corrono tra il negozio giuridico nullo (cioè inesistente: cfr. retro, n. 82, in fine) e quello annullabile (41) nota: « 3° L'atto nullo è insanabile; l'atto annullabile può, di regola, esser sanato col decorso del tempo... 4° La nullità non si prescrive mai, perché non v'è un diritto speciale a domandare la nullità, la quale non ha bisogno di essere domandata e pronunciata; invece l'azione per annullamento è soggetta a prescrizione »; e in questo insegnamento è, sia pure in base a diversi motivi, concorde la dottrina, la quale nota che, mentre è logico e praticamente utile che debba estinguersi in un termine prescrizionale l'azione che tende ad impugnare un contratto esistente ma difettoso, poiché, finché esiste questa azione la validità del contratto si trova in uno stato di incertezza che è bene, nell'interesse della stabilità dei diritti, non perpetuare, è assurdo parlare di prescrizione di fronte all'azione di accertamento, la quale non mira a rimuovere uno stato di fatto contrario al diritto (poiché il negozio giuridicamente inesistente manca fin da principio di ogni rilevanza giuridica, onde la sua irrilevanza che si produce *ipso iure* è essa stessa uno stato di fatto corrispondente al diritto), ma unicamente a distruggere la condizione di incertezza la quale impedisce che questo stato di fatto, conforme al diritto, sia chiaramente manifesto (42).

Queste osservazioni, relative alla teoria della validità del negozio giuridico, possono essere, colle dovute cautele, trasportate nel campo processuale ed applicate alla teoria della validità della sentenza: poiché anche quando si voglia determinare quali mezzi pratici (a parte il mezzo di gravame, di cui oltre, n. 86) il diritto offra all'interessato per fare pronunciare in giudizio la invalidità di un giudicato viziato da uno dei difetti sopra analizzati (retro, nn. 82 e 83), sempre ci troveremo dinanzi a uno di questi due mezzi tipici: o ad una azione di accertamento negativo, o ad una azione di impugnativa. Il primo mezzo sarà esperimentabile in tutti quei casi in cui il vizio che inquina la sentenza è tale da impedirle fin

---

(41) *Manuale*, cit., § 108.

(42) Cfr. CHIOVENDA, *Azione*, p. 122. Si dice anche che le azioni di accertamento non si prescrivono perché continuamente si rinnovano: cfr. KIPP, in WINDSCHEID, I, § 106, e FADDA-BENSA, nella traduzione della stessa opera, vol. I, nota 22, pag. 1086; cfr. anche HELLMANN, in « C. A. », LXXXIV, 130 (*Vizi della sentenza*, n. 19). Ad altri risultati verrebbe, naturalmente, chi seguisse l'opinione del Rocco (Ugo), il quale, partendo dal concetto del diritto astratto di agire, sostiene che l'azione è *sempre* imprescrittibile (*Cosa giudicata*, n. 122).

da principio di cominciare ad esistere giuridicamente o ad agire praticamente come sentenza: cioè in tutti i casi di sentenza giuridicamente inesistente, (retro, n. 82 *a*) o di sentenza assolutamente nulla (retro, n 82 *b*; n. 83 *a*); il secondo mezzo sarà esperimentabile in tutti quei casi in cui la sentenza ha gli elementi necessarî alla sua esistenza giuridica ed al raggiungimento pratico del fine giurisdizionale, ma è in uno dei suoi elementi viziata in modo tale, che sorge, da questo vizio, a favore di una parte, il diritto all'invalidazione: cioè in tutti i casi di sentenza annullabile (retro, n. 82 *c*; 83 *c*), o di sentenza revocabile (retro, n. 83 *b*). E poiché le figure dell'azione di accertamento e dell'azione di impugnativa (costitutiva) non variano, anche se oggetto dell'accertamento o dell'impugnativa sia, invece di un negozio giuridico, una sentenza, potremo, anche per la sentenza, porre la regola che, mentre è giuridicamente possibile limitare in un termine prescrizionale l'azione di impugnativa diretta a togliere validità alla sentenza annullabile o revocabile, sarebbe giuridicamente assurdo limitare in un termine consimile l'azione di accertamento diretta a far dichiarare l'inesistenza giuridica o la assoluta nullità del giudicato (43).

85. — I mezzi finora passati in rassegna, per far valere quei vizî della sentenza che hanno diretta conseguenza sulla sua validità, sono tutti quanti mezzi *speciali*, poiché sono esperimentabili solamente in quanto esista nella sentenza un determinato difetto, e mezzi per dir così *repressivi*, ossia *posteriori* al normale formarsi della cosa giudicata, poiché essi mirano o a far dichiarare che la cosa giudicata non ha potuto formarsi per la esistenza del vizio come si sarebbe invece formata se il vizio non fosse intervenuto (inesistenza e nullità assoluta della sentenza), o a fare invalidare una cosa giudicata già in sé perfetta (annullabilità e revocabilità).

Appare ben chiaro da quanto si è detto finora che, ove per rimediare alla possibilità di vizî intervenuti nella sentenza si avessero soltanto quei mezzi *speciali* e *posteriori* di cui sopra si è discorso, si avrebbe una quantità di *errores in iudicando* che resterebbero normalmente senza possibilità alcuna di correzione: contro la ingiustizia della sentenza i litiganti non sarebbero dunque tutelati che in casi assolutamente eccezionali (retro, n. 83).

Il mezzo più efficace per garantire ai litiganti la giustizia del giudicato sarebbe quello di riconoscer loro, per ogni *error in iudicando* da cui la sentenza risultasse viziata, una speciale azione

(43) Cfr. *Vizî della sentenza*, n. 20.

di impugnativa diretta ad invalidare il giudicato ingiusto; ma si è già veduto (retro, n. 83, in principio) che questo sistema verrebbe a rendere irraggiungibile lo scopo sociale della cosa giudicata: onde le legislazioni, a partire dal diritto romano (Vol. I, capitolo III), hanno trovato opportuno di evitare, nei limiti del possibile, la ingiustizia della sentenza con un mezzo *generale* e *preventivo, anteriore* al formarsi della cosa giudicata, che riduca al minimo le probabilità di una falsa dichiarazione di legge.

Il concetto che informa questo istituto, il quale, per ripetere le parole che il PISANELLI usa per l'appello, « è la conseguenza della fralezza umana » (44), è il seguente: poiché ragioni di tranquillità sociale non permettono di far dipendere la validità del giudicato dalla giustizia del suo contenuto, il processo deve essere costruito in modo che la cosa giudicata non possa formarsi se non attraverso garanzie che riducano al minimo le probabilità di una sentenza ingiusta, le quali garanzie devon consistere (oltreché nell'esatta osservanza delle prescrizioni processuali *in procedendo*) nella possibilità di reiterazione del giudizio logico da cui la sentenza nasce, attraverso una serie di *istanze,* o *gradi* successivi, che costituiscano altrettante fasi di un unico processo, ciascuna delle quali sia conclusa da un giudizio sul rapporto controverso, ma solo l'ultima sia idonea a produrre un giudizio irrevocabile (cosa giudicata in senso formale). In questo modo il processo non corre più dall'inizio alla fine dinanzi a un solo organo giudicante, ma pur restando unico, si fraziona, si smembra, a dir così, in una pluralità di episodî che si svolgono dinanzi a giudici diversi, come un dramma che risulta da una successione di « atti » scenici: onde il fine che il processo si propone di raggiungere è ottenuto soltanto al termine dell'ultima fase processuale, di cui le precedenti non sono che una preparazione, un esperimento, un « abbozzo ».

Se si considera che la successiva indagine di diverse menti sullo stesso problema agevola una soluzione immune da errori, in quanto ogni nuovo esame del risultato raggiunto dalla indagine precedente permette di utilizzare ciò che in esso vi è di corretto, e di eliminare attraverso a una critica spassionata ciò che vi è di difettoso, si intende come la pluralità delle istanze rappresenti una notevole garanzia di giustizia, e come le possibilità di una sentenza viziata da *error in iudicando* vadano gradatamente diminuendo, via via che un giudice superiore (che di solito possiede anche, dati i maggiori requisiti di reclutamento, più sicura scienza e più lunga esperienza)

---

(44) *Relazione*, n. 346; cfr. vol. I, n. 31, e specialmente la L. 1, pr. D. *de appell.*, XLIX, 1. Cfr. MORTARA, *Appello civile*, nn. 233 e segg.; *Commentario*, IV, n. 115.

interviene a ritoccare e a perfezionare la decisione presa nella fase precedente dal giudice inferiore.

La correzione degli errori di giudizio avviene così *a priori*, con una cautela generale che non mira a rintracciarli e a correggerli ad uno ad uno quando già si siano verificati nella sentenza, ma che mira a chiudere in anticipo tutte le vie attraverso le quali l'errore potrebbe formarsi. Da questo punto di vista il sistema della *pluralità delle istanze* può considerarsi come parallelo al sistema della *collegialità* degli organi giudiziarî, poiché ambedue i sistemi mirano a ridurre al minimo le probabilità di una sentenza ingiusta, col provocare sulla formazione del giudicato il concorso di più intelligenze individuali, ognuna delle quali costituisca un controllo, successivo (pluralità delle istanze) o contemporaneo (collegialità), sull'attività giudicante delle altre.

86. — Affermare che una sentenza formata attraverso il ripetuto esame di più istanze ha maggiori probabilità di essere giusta che non abbia una sentenza passata attraverso un sol grado di giurisdizione, non significa escludere che anche questa possa essere fin da principio immune da errore: questa osservazione spiega per qual ragione non sia necessario che in ogni processo siano esperimentate più istanze, quando le parti mostrino di ritenere giusta la sentenza emanata dal primo giudice e non provochino il passaggio della controversia all'ulteriore grado di giurisdizione. Anche l'applicazione del sistema della pluralità delle istanze è dunque rimessa alla disposizione delle parti: nasce da ciò, a favore della parte interessata alla ulteriore istanza (parte soccombente), il potere di provocare in un grado superiore di giurisdizione una nuova decisione sul rapporto giuridico controverso, già deciso dal giudice inferiore: questo potere costituisce il *diritto di gravame* (45).

Il diritto di gravame, che può definirsi « il diritto di ottenere in una fase ulteriore del processo (istanza) una nuova decisione su un rapporto giuridico controverso che è già stato oggetto di una decisione emanata in una fase anteriore dello stesso processo » (46), è un diritto coordinato all'azione e, in un certo senso, in essa compreso, poiché anch'esso mira a far progredire il processo verso l'attuazione giurisdizionale della concreta volontà di legge

---

(45) *Vizî della sentenza*, nn. 11 e segg.

(46) Rocco (Al.), *Sentenza civile*, pag. 100, nota 36: « in questi casi [appello e opposizione] si ha piuttosto *il diritto ad una seconda sentenza sullo stesso oggetto* ».

concernente il rapporto controverso (47). Tuttavia, qualora si respinga la teoria del diritto *astratto* d'agire, ripresa recentemente in Italia da Ugo Rocco (48), e si accolga una delle teorie che potrebbero, in antitesi a quella, dirsi del diritto *concreto* d'agire, secondo le quali il riconoscimento del diritto d'azione porta immancabilmente ad una sentenza *favorevole* (49), il diritto di gravame ci appare ben distinto dal diritto d'azione, come quello che mira non ad una decisione favorevole, ma soltanto ad una *nuova* decisione. Non si deve credere, cioè, che oggetto della nuova sentenza, la quale viene provocata mediante l'esercizio del diritto di gravame, sia l'esistenza di questo diritto; sull'esistenza di questo diritto si può, dinanzi al giudice *ad quem*, svolgere una indagine preliminare (oltre, n. 89 *e*), ma, una volta riconosciuto il diritto del richiedente ad ottenere una nuova decisione, oggetto di questa nuova decisione è, anche nella nuova istanza, lo stesso rapporto giuridico controverso che è stato giudicato una prima volta dal giudice *a quo*: onde l'esercizio del diritto di gravame è soltanto il mezzo per riproporre dinanzi al nuovo giudice la stessa azione che è già stata fatta valere in primo grado (50).

L'esercizio del diritto di gravame nei modi e nei termini stabiliti dalle leggi processuali costituisce il *mezzo di gravame* (51): adopro questa locuzione, anziché quella usuale di *mezzo di impugnativa* o di *impugnazione*, perché mi sembra indispensabile far corrispondere alla ricerca di una maggior precisione di concetti una più precisa terminologia. Le nostre leggi sotto la espressione

---

(47) Cfr. Schmidt, *Lehrbuch*, § 124, pag. 778. Il Mortara, *Comm.*, IV, 182, insegna che il diritto di impugnare una sentenza « è una forma particolare del diritto d'azione »; cfr. però Mattirolo, IV, 333.

(48) *Autorità della cosa giudicata* (1917), sulle traccie di Alfredo Rocco, *Sentenza civile*.

(49) Di fronte alla teoria del diritto astratto d'agire (diritto civico ad ottenere una sentenza *purchessia*) le due teorie che più autorevolmente rappresentano la opinione opposta sono, com'è noto, quella del Chiovenda (diritto potestativo a porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge) e quella del Wach (diritto alla tutela giuridica spettante verso lo Stato al cittadino che ha ragione): cfr. Chiovenda, *Azione*, nn. 5-8; *Principii*, § 1; Rocco (U.), *Cosa giudicata*, parte II, cap. 2°.

(50) Quando invece si accolga la teoria del diritto astratto di agire, il diritto di gravame tende a identificarsi col diritto d'azione: l'unica differenza è che il diritto di gravame mira a ottenere una decisione sul merito di una controversia che è già stata oggetto di un precedente giudizio: cfr. Rocco (U.), *Cosa giudicata*, pag. 252, nota 2, il quale parla di una « facoltà, compresa nel diritto d'azione ».

(51) Il Chiovenda definisce l'appello, che è il mezzo di gravame tipico, come « il mezzo per passare dal primo al secondo grado di giurisdizione ».

generica di *mezzo di impugnativa* comprendono, come si dirà, istituti profondamente diversi, quali sono, accanto a quelli che rispondono alla definizione da me qui data di mezzo di gravame, altri che meglio rispondono al concetto, più sopra accennato, di azione di impugnativa contro il giudicato (retro, n. 84): ora, ad evitare che somiglianza di locuzioni induca confusioni fra istituti sostanzialmente diversi, do alla espressione « mezzo di gravame » un significato tecnicamente limitato (52) che essa non ha nell'uso comune (ove *mezzo di gravame* viene senza distinzione usato nel senso generico di *mezzo di impugnativa*), ma che le è singolarmente appropriato, perché essa sembra creata apposta per mettere in evidenza che condizione di questo istituto non è mai una decisione viziata da un determinato difetto, ma soltanto una decisione sfavorevole (*gravamen*) a chi si vuol servire di questo mezzo (53).

Il mezzo di gravame, nel senso da me precisato, può essere *totale* o *parziale* (54), secondoché la nuova istanza alla quale esso dà luogo comprenda la continuazione dello stadio istruttorio, o soltanto la continuazione dello stadio decisorio: nel primo caso il mezzo di gravame dà luogo ad un *novum iudicium* (appello romano: cfr. Vol. I, n. 31) che, ammettendo la introduzione nel processo di materiali di lite non prodotti dinanzi al giudice *a quo*, permette alle parti di correggere, nella nuova istanza, anche i difetti di giudizio derivati da deficiente difesa (retro, n. 79, II, 3 *a*); nel secondo caso il mezzo di gravame produce una *revisio prioris instantiae* (appello del diritto comune tedesco: Vol. I, n. 69 e del diritto austriaco attuale: Vol. I, n. 237), la quale non si esaurisce però in una critica del tenore della sentenza pronunciata dal giudice *a quo*, ma permette la rinnovazione di tutta l'attività decisoria, e quindi la correzione di tutti gli errori in cui questo sia incorso, non solo nell'applicazione del diritto al fatto, ma anche nella valutazione delle risultanze istruttorie (55).

Di un mezzo di gravame *parziale* si può, finalmente, parlare in due sensi: o in quanto esso permetta soltanto la continuazione

---

(52) Lo stesso fa la scienza tedesca, contrapponendo nella terminologia il *Rechtsmittel* (= mezzo di gravame) alla *Anfechtungsklage* (= azione di impugnativa): cfr. KOHLER, *Zivilpr.*, pag. 354, nota 4; *Prozess und Nichtprozess*, pag. 113.

(53) Nelle Fonti romane la parola *gravamen* indica genericamente ogni « peso », « onere » (cfr. HEUMANN, *Handlexikon*, pag. 232); nel latino intermedio assume però il significato di « danno derivante da un provvedimento giudiziario sfavorevole » (*grief* dei Francesi): cfr. DU CANGE, *Glossarum*, v. *Gravamen* e *Gravatus* e WEISMANN, *Lehrbuch*, I, pag. 421.

(54) KOHLER, *Zivilpr.*, § 81.

(55) Cfr. SKEDL, *Das österr. Civilprocessrecht*, I vol., § 10, II.

dello stadio di decisione a istruttoria chiusa, come sopra si è detto, o in quanto ponga delle limitazioni anche al rinnovamento dell'attività decisoria del giudice *ad quem* (limitandola, per esempio, al solo riesame delle questioni di diritto: es. la *Revision* germanica: Vol. I, Capo VI).

87. — La introduzione nel diritto processuale del concetto di mezzo di gravame, che avevo finora tenuto deliberatamente in disparte, aggiunge una nuova condizione a quelle che precedentemente abbiamo considerate come necessarie affinché la sentenza possa acquistare la autorità di cosa giudicata (Cfr. Vol. I, n. 32). Da quanto fu detto a proposito dei vizî della sentenza risultava che la condizione fondamentale della validità della sentenza era da considerarsi la sua immunità da quei difetti che, in diversa misura, possono, come si è visto, produrne la originaria inefficacia o la successiva invalidazione: la mancanza di vizî *in procedendo* o *in iudicando* doveva perciò considerarsi come condizione necessaria e sufficiente perché la pronuncia del giudice rivestisse il carattere di indiscutibile obbligatorietà. La pluralità delle istanze e la esistenza di un mezzo per passare dal primo ai successivi esperimenti giurisdizionali crea invece la possibilità di una sentenza la quale, pur essendo immune da qualsiasi difetto di attività o di giudizio, non possieda ancora la forza obbligante propria della cosa giudicata: cioè di una sentenza la quale, pure avendo, nella sua formazione, tutti i requisiti per produrre un valido accertamento giurisdizionale, non è immediatamente capace di produrlo, perché essa è stata emanata in una fase che non è l'ultima del processo, e che ha quindi, al disopra di sé, la possibilità di altre istanze e di conseguenti variazioni nel giudicato. Dato il sistema della pluralità delle istanze, soltanto la sentenza emanata in ultimo grado (*en dernier ressort*, dicono i Francesi) è capace di acquistare immediatamente l'autorità di cosa giudicata: onde si dovrà dire che, affinché la sentenza possa acquistare l'efficacia obbligatoria di fronte a tutti i possibili giudizî futuri sulla stessa materia, non basta più che essa sia immune da vizî, ma occorre anche che contro di essa sia preclusa la possibilità di ogni ulteriore istanza. Nasce così, dalla introduzione nel processo del concetto di mezzo di gravame, la contrapposizione, accolta ormai anche dalla dottrina italiana sull'esempio di quella tedesca (56), tra cosa giudicata *sostan-*

(56) Cfr. per tutti: HELLWIG, *System*, § 226; cfr. CHIOVENDA, *Principii*, § 78, II; ROCCO (Al.), *Sentenza civile*, n. 66; non però senza critiche: cfr. ROCCO U., *Cosa giudicata*, n. 2.

ziale (o *forza legale sostanziale* della sentenza: obbligatorietà nei giudizî futuri) e cosa giudicata *formale* (o *forza legale formale*: preclusione dei mezzi di gravame): da tale contrapposizione deriva il principio che la cosa giudicata formale è uno dei presupposti della cosa giudicata sostanziale (57), il quale può diversamente enunciarsi dicendo che la sentenza, perché possa cominciare a rivestire l'autorità di cosa giudicata sostanziale, deve, innanzi tutto, essere *non più soggetta a gravame* (58).

La figura della sentenza soggetta a gravame, la quale non può immediatamente spiegare la efficacia propria della cosa giudicata, poiché le istanze di cui il processo si compone non sono ancora esaurite e non si sa ancora se essa resterà sentenza di ultima istanza, è stata in questi ultimi anni fatta oggetto, anche nella dottrina italiana, di acute indagini (59).

È certo, anzitutto, che la sentenza soggetta a gravame, nasce in uno stato di *pendenza*: non forma ancora la « cosa giudicata », poiché la possibilità di ulteriori istanze impedisce di considerarla fin da principio come un accertamento incontrovertibile del diritto; ma, d'altra parte, non è detto che non possa in seguito formarla, quando, per l'inutile decorso del termine dato alle parti per provocare la nuova istanza o per altre circostanze, sia definitivamente esclusa la possibilità della pronuncia di una nuova sentenza nella istanza superiore. Per spiegare la precisa situazione giuridica di questa pronuncia giudiziaria, che non è ancora *la* sentenza, ma

---

(57) Chiovenda, *Principii*, pag. 911; Rocco U., *Cosa giudicata*, pag. 6-7 (con diversa terminologia, ma, mi sembra, senza diversità di sostanza).

(58) Adopro la espressione « non più soggetta a gravame » anziché quella, che sembrerebbe più semplice di « inoppugnabile » (Rocco Ugo, *Cosa giudicata*, pag. 6-7) perché intendo tenere distinto il concetto di sentenza soggetta a non acquistare forza di giudicato per il sopravvenire di una nuova istanza (per es. la sentenza appellabile) dal concetto di sentenza emanata in ultima istanza e quindi passata in giudicato, ma impugnabile per un vizio ad essa inerente con una *azione di impugnativa*. Per la stessa ragione non adopro la espressione di sentenza « definitiva » che il Chiovenda adopra (*Principii*, pag. 949) a indicare la sentenza che contiene l'accertamento non più variabile del diritto: senza contare che questa espressione potrebbe dar luogo a qualche malinteso, poiché, come si sa, essa è usata dalla nostra legge anche in un senso ben diverso, in contrapposizione alla sentenza *interlocutoria* (Lessona, *Manuale*, n. 214; Chiovenda, *Principii*, pag. 803), onde, secondo il linguaggio del nostro Codice, si può avere una sentenza definitiva soggetta a gravame (es. art. 385 CPC, capoverso: « ...appello dalla sentenza *definitiva*... »).

(59) Agli autori citati nel n. 12 del mio scritto *Vizî della sentenza* (testo e note) si deve aggiungere ora: Rocco (U.), *Cosa giudicata*, nn. 89-90; Vassalli, *Sentenza condizionale*, n. 31; Rispoli, in « Filangieri », 1918, pag. 113 e segg.

che può diventarlo col decorso del tempo, gli scrittori hanno formulato diverse teorie.

a) Il MORTARA (60) in Italia e in Germania il KOHLER (61) hanno considerato la sentenza soggetta a gravame come sottoposta a condizione risolutiva. La sentenza pronunciata dal giudice inferiore, sarebbe, secondo questa teoria, fornita « fin dal primo momento delle condizioni necessarie per vivere stabilmente e per divenire irrevocabile » (62); ma sarebbe soggetta a perdere la sua originaria efficacia per il verificarsi di un evento, consistente nella emanazione di una nuova sentenza nella istanza superiore. Mentre, secondo il KOHLER, la sentenza soggetta a gravame nascerebbe fin da principio in questa situazione di condizionalità, il MORTARA (63) opina che tale situazione si produca soltanto al momento in cui il mezzo di gravame viene interposto; né si è concordi sul momento in cui l'evento risolutivo si verifica: poiché, mentre, secondo una più antica opinione del KOHLER (64), la condizione risolutiva si produrrebbe per il solo fatto della emanazione di una *nuova* sentenza (senza distinguere se essa confermi o riformi quella precedente), secondo il MORTARA (65) e secondo l'opinione più recente del KOHLER stesso (66), la risoluzione avrebbe luogo soltanto quando la nuova sentenza fosse disforme dalla prima. La critica a questa teoria si trova negli scritti del CHIOVENDA (67): argomento capitale di essa è che, partendo dal concetto di una condizione risolutiva, la quale, finché non si verifica, dovrebbe lasciare al-

---

(60) *Commentario*, IV, nn. 115 e segg., specialmente a pag. 209; *Appello civile*, nn. 569-600; all'idea del MORTARA si accosta il GATTI, *Autorità del giudicato civile*, n. 39.

(61) *Prozess als Rechtsverhältniss*, § 17, pag. 71-72: *Zivilprozessrechts*, § 81, pag. 354; *Prozess und Nichtprozess*, pag 114; e in DERNBURG, *Bürg. Recht*, IV, 575 (IX, § 12, 2).

(62) MORTARA, *Comm.*, IV, pag. 205.

(63) *Appello civile*, n. 578. Secondo gli scrittori del diritto comune la interposizione del gravame aveva addirittura l'effetto di far cadere nel nulla la sentenza del primo giudice (vol. I, n. 31); cfr. MORTARA, *Appello civ.*, nn. 571-572, e *Commentario*, IV, n. 116. Anche il PESCATORE, *Sposizione compendiosa*, I, pag. 87, 217; e *Filosofia e dottrine giur.*, I, 439, insegna che l'interposizione dell'appello contro la decisione di primo grado, che « non è mai per se medesima un giudicato, ma una *proposta* », fa cadere nel nulla la decisione stessa.

(64) *Prozess als Rechtsverhältniss*, § 17.

(65) *Appello civile*, n. 578.

(66) *Zivilprozessrecht*, pag. 354. La contraddizione in cui cade il K. nei diversi suoi scritti è rilevata dal CHIOVENDA, *Principii*, pag. 393; cfr. il mio scritto *Vizî della sentenza*, nota 48, e ROCCO U., *Cosa giudicata*, pag. 257, nota 3.

(67) *Principii*, pag. 392-394, 951-953; *Esecuzione provvisoria delle sentenze inibitorie* (in *Nuovi Saggi*), pag. 188.

l'atto condizionato la pienezza dei suoi effetti giuridici, non si comprende perché la sentenza soggetta a gravame non abbia, come sua conseguenza normale (a prescindere dall'istituto della provvisoria esecuzione che ha presupposti suoi propri) efficacia esecutoria.

b) La condizione della sentenza soggetta a gravame è spiegata dal CHIOVENDA ricorrendo al concetto di « situazione giuridica » (68): secondo la sua teoria, la pronuncia del giudice inferiore non è una sentenza, ma è soltanto una mera possibilità di sentenza, la quale si trasformerà in un vero e proprio atto giurisdizionale capace di accertare il diritto solamente quando sarà sicuramente escluso che possa essere emanata una nuova pronuncia dal giudice superiore. Così la pronuncia del giudice di primo grado è soltanto un elemento dell'accertamento del diritto; l'altro elemento può essere l'inutile decorso del termine per interporre gravame, o, quando il gravame sia interposto, la mancata pronuncia di una nuova sentenza di merito nel giudizio superiore (ad esempio, per perenzione); ma, una volta che nella istanza superiore sia emanata una nuova sentenza sul merito (69), *questa sola, purché valida, è la vera sentenza* (salva, nel sistema della terza istanza, la possibilità di un ulteriore gravame) anche se essa è conforme, nel suo contenuto, alla pronuncia del giudice inferiore (70). Questa teoria si avvicina molto all'insegnamento del SAVIGNY (71), secondo il quale « ogni sentenza, che sia soggetta ad un ulteriore esame, deve provvisoriamente considerarsi soltanto come *un tentativo di sentenza,* o come uno dei molti passi nel corso di un processo, che sono destinati a portare ad un'ultima e durevole sentenza ».

c) Nessuna di queste due teorie sembra esauriente a UGO ROCCO (72): il quale, da una parte, ai sostenitori della prima teoria obietta che il concetto della condizione risolutiva non basta a spiegare come la sentenza di riforma pronunciata dal giudice superiore metta nel nulla l'esistenza della precedente decisione,

---

(68) *Principii,* § 69, II. Si ha una « situazione giuridica » (secondo l'insegnamento del KOHLER, l. c., ivi, pag. 859, nota 1) quando si ha « una circostanza che col concorso di altre circostanze successive può condurre a un dato effetto giuridico, mentre, se queste circostanze non si verificano, essa rimane senza alcun effetto ».

(69) Definitiva o interlocutoria; anche una interlocutoria può togliere alla sentenza di primo grado la possibilità di passare in giudicato: arg. *ex* art. 341.

(70) *Vizi della sentenza,* pag. 24-25.

(71) *Sistema* (Trad. SCIALOJA), vol. IV, pag. 324 (citato nel vol. I, n. 32, in nota).

(72) *Cosa giudicata,* cit.

mentre il verificarsi di una condizione non può operare mai sulla esistenza dell'atto condizionato, ma può solo agire sui suoi effetti giuridici (73); dall'altro osserva al CHIOVENDA che anche la sentenza soggetta a gravame è un atto in sé *perfetto,* dal lato formale e da quello sostanziale, come formulazione della volontà degli organi giurisdizionali dello Stato (74), del che sarebbe prova il fatto che essa, fin da quando è pronunciata, ha effetti obbligatorî suoi proprî di fronte all'organo che l'ha emessa e di fronte a tutti quelli che hanno lo stesso grado (75). Come avvenga che questo atto in sé fin dall'origine perfetto possa poi cadere nel nulla di fronte alla nuova pronuncia del giudice superiore, si spiegherebbe ricorrendo al concetto di atto *sottoposto a revoca,* la quale avrebbe luogo solamente nel caso che il giudice superiore riformasse la sentenza, mentre, nel caso che questo giudice confermasse la sentenza di primo grado, questa continuerebbe a spiegare la sua piena efficacia (76); che se, normalmente, alla sentenza soggetta a gravame non tien dietro l'esecuzione, da ciò non deve dedursi che a questa sentenza manchi l'efficacia obbligatoria e l'efficacia esecutiva, ma soltanto che, per necessità pratiche, la legge preferisce che si proceda all'esecuzione « quando la sentenza che ne rappresenta il titolo abbia assunto un certo carattere di stabilità » (77).

d) Da ultimo il VASSALLI (78), occupandosi della questione solo per incidenza, ha osservato che, se all'analogia colla figura giuridica del negozio sottoposto a condizione si ricorre non per esaurire la precisa determinazione del carattere della sentenza soggetta a gravame, ma solo per raggiungere « una qualche evidenza di rappresentazione o una qualche brachilogia » (79), si può con molta approssimazione paragonare la sentenza soggetta a gravame all'atto sottoposto a condizione, purché esclusivamente ci si riferisca alla condizione *sospensiva* (80).

---

(73) *Cosa giudicata,* pag. 271.
(74) *Ib.,* pag. 260-262.
(75) *Ib.,* pag. 263-267.
(76) *Ib.,* pag. 271-273.
(77) *Ib.,* pag. 274.
(78) *Sentenza condizionale,* cit.
(79) *Ib.,* pag. 81, nota 2.
(80) *Sentenza condizionale,* pag. 80. Cfr. ora, sul tema, anche RISPOLI, *Il rigetto dell'appello senza esame per mancata comparizione* (in « Filangieri », XLIII [1918], pag. 113 e segg.), nn. 3-12, secondo il quale la condizione della sentenza soggetta a gravame si dovrebbe esprimere dicendo che essa è un atto « completo » ma non « perfetto ».

88. — Già ho avuto occasione (81) di esporre le ragioni per le quali, tra le due prime teorie, mi sembra preferibile quella del CHIOVENDA (retro *sub b*) a quella del MORTARA-KOHLER (retro *sub a*); né credo che le ragioni di questa mia preferenza vengano meno oggi, dopo la critica di UGO ROCCO, il quale adotta in sostanza la prima delle due teorie, pur sostituendo in essa al concetto della condizione risolutiva quello della revoca. A parte tutte le minori obiezioni che si potrebbero fare alle considerazioni, del resto sagaci e sottili, di questo Autore (82), mi sembra che egli non sia riuscito nel tentativo di dimostrare che sia un atto perfetto nella sua destinazione essenziale di accertare autoritativamente il diritto controverso, sì da permettere, ove occorra, la esecuzione forzata, una sentenza ancora soggetta a gravame, cioè una pronuncia del giudice, la quale ha per suoi caratteri distintivi... la incertezza degli effetti, e la ineseguibilità: tra il dire che la pronuncia di primo grado è un accertamento perfetto, del quale però si ignora ancora se e quando avrà la efficacia di accertare definitivamente il diritto e quindi di essere eseguito, e il dire che la pronuncia di primo grado non è ancora un accertamento, ma solo una possibilità di accertamento, mi pare che sia molto più semplice questo secondo modo di esprimersi! (83).

Ritengo invece che meriti un ulteriore sviluppo l'osservazione sopra riferita del VASSALLI: poiché mi sembra che quando si con-

---

(81) *Vizi della sentenza*, pag. 24-25 cit.

(82) Cfr. nota seguente.

(83) La teoria di UGO ROCCO potrebbe prestarsi a una minuziosa confutazione, che qui però sarebbe fuori luogo. Si potrebbe osservargli, ad es., quand'egli, per dimostrare che la sentenza di primo grado è in sé perfetta, rileva ch'essa ha effetti obbligatorî suoi proprî di fronte all'organo giurisdizionale che l'ha emessa (pag. 267), che anche la sentenza assolutamente nulla ha questi effetti, e non per questo egli sosterrebbe ch'essa è perfetta! D'altra parte ho l'impressione che quando il R. discorre del procedimento di formazione della volontà dello Stato, applicando senz'altro alla giurisdizione ciò che il CAMMEO insegna per l'amministrazione (*ib.*, pag. 254-256), si fidi un po' troppo dell'analogia e dimentichi che colla pluralità delle istanze (istituto, tutto proprio del processo, che ha lo scopo di ottenere, colla ripetizione del lavoro logico di decisione, un *giudizio* presumibilmente giusto) non può essere confuso il procedimento con cui si svolge e si integra attraverso i gradi gerarchici l'attività amministrativa: onde non par lecito trarre argomenti dall'atto amministrativo sottoposto a revoca per precisare la condizione della sentenza soggetta a gravame (*ib.*, pag. 261). Del resto io ritengo, come sarà detto anche nel testo (n. 89), che a resultati definitivi in questa materia non si possa giungere se non tenendo ben distinto il concetto di decisione soggetta a gravame da quello di sentenza passata in giudicato, ma impugnabile per un vizio ad essa inerente: il che il Rocco non fa (*ib.*, pag. 272-276). La stessa critica si può fare a RISPOLI, nn. 4-13.

sideri la sentenza soggetta a gravame come un atto sottoposto a condizione sospensiva si chiariscano certi punti che forse restano un po' oscuri quando si veda in questa sentenza una semplice « situazione giuridica ». Premetto, anzitutto, che se si vuole applicare alla sentenza soggetta a gravame il concetto della condizionalità, non bisogna pensare alla condizione *volontaria* (o condizione propria: *condicio facti*), ma alla condizione *legale* (o condizione impropria: *condicio iuris*), la quale si verifica tutte le volte che la legge condiziona al sopravvenire di un fatto la efficacia di un negozio già fornito dei requisiti essenziali per la sua esistenza (84): tra *condicio iuris* e situazione giuridica c'è indubbiamente una grande affinità e diciamolo pure, una gran facilità di confusione nelle applicazioni pratiche (85), ma non vi è tuttavia concettualmente assoluta interferenza, poiché anche il KOHLER, che per primo ha fissato il concetto di situazione giuridica, distingue da questa non solo il diritto sottoposto a condizione volontaria, ma anche quello sottoposto a condizione legale (86), e insegna che la differenza tra diritti sottoposti a condizione (volontaria o legale) e situazioni giuridiche consiste nel *grado della incertezza*, in quanto mentre nel caso della condizione si può *a priori* determinare quale è o quali sono le circostanze che devono prodursi perché la condizione si verifichi, nel caso della situazione giuridica non è possibile determinare con precisione quali e quante sono le circostanze che dovranno prodursi affinché la situazione giuridica si muti in vero e proprio diritto (87). Se si accetta questo criterio di distinzione, sembra che lo stato di incertezza in cui nasce la sentenza soggetta a gravame non rivesta quel grado che corrisponde alla situazione giuridica, ma possa meglio paragonarsi a quello dell'atto condizionale; poiché fin da quando è pronunciata dal giudice di primo grado la decisione soggetta a gravame, è noto qual'è l'unica circostanza che non deve prodursi (pronuncia di altra decisione da parte del giudice superiore) affinché essa possa diventare sentenza. Contro la applicabilità del concetto di condizione alla sentenza soggetta a gravame stanno però due obiezioni: si può opporre in

---

(84) Accolgo, in questo, la osservazione di ROCCO UGO, *Cosa giudicata*, pag. 268.

(85) Se si confrontano gli esempi dati da SCIALOJA (A.) (nel suo scritto *Condizione volontaria e condizione legale*, in *Studi di dir. priv.*, pag. 1 e segg.) di *condiciones iuris*, con quelli dati dal KOHLER, *Bürg. Recht*, I, § 51 e § 249, di situazioni giuridiche, si trovano molti punti di contatto, se non addirittura di identità.

(86) *Bürg. Recht*, § 51.

(87) KOHLER, § 51 cit., pag. 160, II; cfr. anche § 249, II.

primo luogo (retro, n. 87 *c*), che la condizione opera soltanto sulla efficacia, non sulla esistenza di un atto, mentre la sentenza soggetta a gravame è destinata, qualora il giudice superiore emetta una nuova sentenza, a cessare di esistere (88); e in secondo luogo che, mentre la condizione ha costantemente il carattere della retroattività (89), « la cosa giudicata esiste solo dal momento in cui la sentenza soggetta a gravami è diventata definitiva, e non risale al momento della sua pubblicazione » (90); a queste due obiezioni mi pare tuttavia che abbia esaurientemente risposto il VASSALLI (91), osservando, per la prima, che anche la pronuncia del giudice di primo grado, quando sia intervenuta una nuova decisione del giudice superiore, continua ad esistere come pronuncia di primo grado senza efficacia giurisdizionale, come, *deficiente condicione,* continua ad esistere, pur senza produrre effetti, l'atto condizionato: e, per la seconda, che la retroattività è un effetto costante, ma non essenziale, della condizione (92).

Le suesposte considerazioni mi portano a ritenere che la figura giuridica di condizionalità non sia inapplicabile (pur limitando, si intende, tale applicazione a fini meramente analogici) alla sentenza soggetta a gravame: guardiamo ora se in pratica dal sostituire il concetto di condizione sospensiva a quello di situazione giuridica può derivare una maggior chiarezza rappresentativa del fenomeno che qui si studia. Il concetto di « situazione giuridica », se spiega perfettamente come avviene che la decisione di primo grado non abbia efficacia finché è aperta la possibilità di una nuova decisione nella istanza superiore, non mi sembra che spieghi con altrettanta evidenza come avviene che, una volta preclusa questa possibilità, la pronuncia del giudice inferiore divenga senz'altro la formulazione della volontà dello Stato: se, infatti, la pronuncia del giudice di primo grado, non può, finché è soggetta a gravame, esercitare gli effetti di un accertamento giurisdizionale, e se, d'altra parte, essa può cominciare a esercitarli quando si verifichi un fatto *negativo* (certezza che *non* sarà pronunciata una nuova sentenza del giudice superiore) senza che intervenga una nuova formulazione di volontà da parte di un organo dello Stato, par giusto riconoscere che ciò avviene perché la pronuncia del giudice di

---

(88) ROCCO, pag. 271 cit. In senso contrario, RISPOLI, n. 11.

(89) COVIELLO, *Manuale,* § 137.

(90) CHIOVENDA, *Principii,* pag. 925.

(91) *Sentenza condizionale,* pag. 80181 e nota.

(92) COVIELLO, *Manuale,* § 137, pag. 441: ciò specialmente per le *condiciones iuris*: cfr. SCIALOJA, *Condizione,* cit., pag. 15.

primo grado aveva già in sé, potenzialmente, i requisiti necessarî per esercitare gli effetti proprî di un atto giurisdizionale (93), mentre non poteva di fatto esercitarli perché essi erano *sospesi* dalla possibilità di una nuova pronuncia. Nella sentenza sottoposta a gravame io non vedo dunque *un elemento* di un atto giurisdizionale che nascerà quando vi si aggiunga *un altro elemento* (il termine) (94), il che porterebbe a considerare questi due termini come cooperanti con efficacia pari, con ugual dignità per così dire, alla formazione della sentenza: ma vedo in essa un atto che ha in sé tutti i requisiti per potere esercitare gli effetti giurisdizionali il giorno in cui l'esercizio dei medesimi non sarà più impedito da una circostanza accidentale, qual'è la possibilità o la certezza di una nuova decisione da parte del giudice superiore.

Secondo il mio modesto avviso è dunque da respingere l'opinione che vede nella sentenza soggetta a gravame un atto giurisdizionale perfetto, ma sottoposto a condizione risolutiva (Mortara) o a revoca (Rocco U.): la sentenza soggetta a gravame dev'essere invece considerata come un atto giurisdizionale sospensivamente condizionato; cioè come un atto fornito fin da principio dei requisiti essenziali di esistenza, ma imperfetto nella sua efficacia, la quale è sottoposta alla condizione legale sospensiva negativa (95) « se non sarà pronunciata una *nuova* sentenza ». Questa condizione è *pendente* finché sia incerto se interverrà nel processo una nuova sentenza da parte del giudice superiore (finché, cioè, è aperto il termine per interporre il gravame, o finché, una volta questo interposto, non sia certo che esso conduca a una nuova valida decisione di merito); è *verificata,* quando è preclusa ogni possibilità di una nuova sentenza (quando, cioè, sia scaduto il termine per interporre gravame, o nell'istanza superiore sia intervenuta rinuncia o perenzione); è *mancata* quando il giudice superiore emette una nuova sentenza valida (definitiva o interlocutoria) senza distinguere se essa confermi o riformi la pronuncia del giudice *a quo,* perché anche nel primo caso il giudice *ad quem,* se pure assume a contenuto della sua sentenza il risultato del lavoro logico compiuto dal giudice precedente, compie però una nuova formulazione di volontà che è la *sola* sentenza attuale (96). La

---

(93) Mi accosto a quanto scrive Rocco (U.), pag. 262, ma, come si vede, per subito distaccarmene; cfr. anche Rispoli, n. 5.

(94) Chiovenda, *Principii,* pag. 952.

(95) Sulle condizioni negative, cfr. Coviello, *Manuale,* § 134, 3°.

(96) Chiovenda, *Principii,* 394, 965. Contro: Rocco (U.), *Cosa giudicata,* pag. 270.

teoria che mi sembra preferibile, è, in conclusione, quella del CHIOVENDA, nella quale peraltro al concetto di « situazione giuridica » sia, per i motivi sopra accennati, sostituito quello di condizione sospensiva.

89. — Dalla sentenza *soggetta a gravame* è necessario nettamente distinguere la sentenza *impugnabile* a causa di un vizio in essa inerente: di solito i due concetti non vengono tenuti separati, e questa confusione è causa di incertezze e di oscurità in tutta la teoria dei così detti « mezzi per impugnare le sentenze ».

Ritengo opportuno enumerare qui le principali differenze che passano tra questi due istituti (97) le quali riguardano: *a*) l'*origine; b*) i *presupposti; c*) lo *scopo; d*) la *natura della sentenza* contro la quale possono essere esperimentati; *e*) l'*oggetto del giudizio* al quale dà luogo il loro esperimento; *f*) la *natura del procedimento* con cui questo giudizio si svolge.

a) L'istituto del mezzo di gravame è nato nel campo processuale e nei limiti di esso si mantiene: esso non può essere esperimentato che contro una pronuncia del giudice; l'azione di impugnativa, invece (così per motivi di annullabilità come per motivi di revocabilità: retro, n. 83) può servire ad invalidare tanto una sentenza quanto un negozio giuridico: si può dire anzi che l'azione di impugnativa contro la sentenza deriva da una estensione al campo processuale di concetti proprî del diritto sostanziale (98).

b) L'azione di impugnativa ha come suo necessario presupposto l'esistenza di un vizio nella sentenza: non si ha diritto di impugnativa, se non vi è un *motivo* di impugnativa; il mezzo di gravame, invece, compete per il solo fatto che la pronuncia giudiziaria, dalla quale la parte si sente lesa, non sia *in ultima istanza*: che, se tale non è, il diritto a ottenere una nuova decisione non dipende in alcun modo dalla ingiustizia della decisione soggetta a gravame.

c) L'azione di impugnativa mira a provocare la variazione di uno stato giuridico già esistente, ossia a ottenere una nuova sentenza che invalidi quella viziata; il mezzo di gravame, al contrario, mira a impedire che si perfezioni uno stato giuridico non ancora perfetto, ossia che passi in giudicato la sentenza di primo grado. L'azione di impugnativa si basa sul diritto alla variazione della sentenza già perfetta, il mezzo di gravame si basa sul diritto alla

---

(97) *Vizi della sentenza*, n. 13.

(98) WETZELL, *System*, § 52, pag. 669-670.

pronuncia di una nuova sentenza sul rapporto controverso, che è già stato oggetto di una prima pronuncia non ancora capace di costituire il definitivo accertamento giurisdizionale.

d) La sentenza sottoposta ad azione di impugnativa è pienamente efficace, ma può venir meno ove l'interessato faccia valere il diritto che gli deriva dalla esistenza del vizio; la sentenza soggetta a gravame (retro, n. 88) non ha attualmente efficacia, perché pende su di essa una condizione sospensiva. La sentenza sottoposta all'impugnativa è, *per ora*, un accertamento definitivo di diritto, ed è quindi esecutoria: la sentenza soggetta a gravame non è *ancora* un accertamento, e non ha, di conseguenza, efficacia esecutiva (si parla, a questo proposito, del cosiddetto *effetto sospensivo* del mezzo di gravame: con locuzione, invero, non molto esatta, poiché nel nostro diritto la sospensione della esecutorietà non risale alla effettiva interposizione del gravame (99), ma è invece la naturale conseguenza dello stato di condizionalità in cui nasce la pronuncia non di ultima istanza).

e) Tanto l'azione di impugnativa quanto il mezzo di gravame dànno luogo a una nuova decisione; ma l'oggetto di essa è ben diverso nei due casi. Nel primo caso si tratta di decidere se esista il diritto d'impugnativa, ossia il diritto dell'attore a ottenere l'annullamento della sentenza viziata: accertata l'esistenza del diritto d'impugnativa, la sentenza deve per ciò solo essere annullata (*iudicium rescindens*), e siccome questo annullamento porta con sé, di solito, la necessità pratica di porre una nuova sentenza valida al posto di quella annullata, all'*iudicium rescindens* può seguire (dinanzi allo stesso giudice o dinanzi a giudice diverso) un nuovo giudizio sul rapporto giuridico sostanziale che già era stato deciso dalla sentenza annullata (*iudicium rescissorium*). Nel secondo caso si tratta di decidere preliminarmente se esiste il diritto di gravame, ossia il diritto del soccombente a ottenere una nuova decisione sul merito della controversia; ma se l'esistenza di questo diritto viene riconosciuta, questo riconoscimento non importa né l'annullamento della pronuncia del giudice *a quo*, la quale come sappiamo, non ha mai cominciato ad avere efficacia, né il riconoscimento in colui che ha interposto gravame di un diritto ad ottenere dal giudice *ad quem* una sentenza sul merito diversa da quella della istanza inferiore. La decisione preliminare sulla ammissibilità del mezzo di gravame pone il giudice dell'istanza superiore dinanzi a

---

(99) Diversamente nel diritto romano (vol. I, n. 31) e nel diritto francese: cfr. MORTARA, *Comm.*, IV, n. 116, pag. 208; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 948.

un rapporto controverso *che deve essere ancora deciso*: egli non ha bisogno, per procedere a questa decisione, di rescindere o di riformare la decisione del giudice inferiore, perché questa decisione non ha gli effetti di una sentenza, e non costituisce la cosa giudicata che sola può essere oggetto di un *iudicium rescindens*. Il cosidetto potere di riforma o di revoca del giudice *ad quem* sulla sentenza del giudice *a quo* non esiste: il giudice *ad quem*, in quanto si riferisce alla decisione del merito, trova dinanzi a sé, per la tempestiva interposizione del gravame, la via aperta per mettersi a contatto diretto col rapporto controverso, che ha costituito oggetto della prima decisione: egli non deve decidere se esiste un diritto della parte a ottenere la riforma della precedente decisione, ma deve riprendere *ex novo* in esame l'azione relativa al merito che già fu oggetto del giudizio di prima istanza.

f) Deriva da quanto si è detto precedentemente che il mezzo di gravame, il quale è un istituto preordinato normalmente a produrre una sentenza giusta attraverso una reiterazione di esperimenti logici nello stesso processo, dà luogo ad un procedimento il quale non è che una nuova fase (istanza) di uno stesso processo non ancora esaurito, ove si continua il dibattito sulla esistenza della medesima volontà di legge che è stata oggetto delle precedenti fasi processuali; l'azione di impugnativa, invece, dà luogo ad un processo nuovo, scopo del quale non è l'accertamento della volontà di legge che già fu oggetto della sentenza ora impugnata, ma l'accertamento di una volontà di legge del tutto nuova, dalla quale deriva a favore dell'impugnante il diritto ad ottenere l'invalidazione della sentenza per un vizio ad essa inerente (100).

Le differenze finora esposte in tanto sono chiaramente riconoscibili in quanto si accolga la concezione del mezzo di gravame che ho cercato sopra di profilare. Vi ha però qualche autore che anche nel mezzo di gravame scorge l'esercizio di una vera e propria azione di impugnativa, sia pure rivestita di speciali forme: così per l'HELLWIG, il quale è pure uno degli Autori che meglio hanno colto i lati caratteristici dell'azione di impugnativa come istituto generale, tutti i mezzi che mirano a portare una variazione nella situazione giuridica creata da un provvedimento processuale sarebbero la esplicazione di un diritto di impugnativa sostanzialmente identico (*Widerspruchsrecht*) (101), il quale talora si esplica nelle forme ordinarie dell'azione (*Rechtsmittelklage*), tal'altra si esercita nelle forme speciali che costituiscono il mezzo di gravame in senso

(100) Cfr. WETZELL, *System*, pag. 670; ENDEMANN, *Civilprocessrecht*, pag. 887.
(101) *Anspruch und Klagerecht*, pag. 486.

stretto (*Rechtsmittel*) (102): anche il mezzo di gravame avrebbe dunque come base il diritto ad ottenere una variazione della sentenza, sull'esistenza del quale dovrebbe sempre svolgersi un vero e proprio *iudicium rescindens* (103). Da un punto di vista analogo parte il PLANCK, quando nel diritto d'appello (*Berufungsklagrecht*) vede il « diritto alla riforma della sentenza impugnata » (104); e a questa concezione par che s'accosti ora UGO ROCCO il quale nei provvedimenti del giudice *ad quem*, sia che esso decida in merito sulla controversia già decisa dal giudice *a quo*, sia che annulli la decisione di questo per un vizio ad essa inerente, vede altrettante esplicazioni di un unico *potere di riforma*, il quale dà luogo a « un'attività molto simile a quella che in diritto amministrativo chiamasi *attività di riforma* » (105).

L'opinione che io ritengo preferibile per le ragioni già lungamente esposte, ha in Germania un valido assertore nel KOHLER, il quale ripetutamente dichiara che non si può giungere a risultati soddisfacenti in questa materia, se non tenendo rigorosamente distinto il concetto di *Rechtsmittel* da quello di *Anfechtungsklage* (106); e in Italia è autorevolmente accolta dal CHIOVENDA (107) e, sia pure per incidenza, da ALFREDO ROCCO (108).

90. — Si è cercato nelle precedenti pagine di profilare nel loro concetto, per così dire, *puro*, tre istituti (*azione di accertamento* e *azione di impugnativa* contrapposte al *mezzo di gravame*) dei quali è opportuno conoscere la profonda differenza teorica, per meglio poter intendere poi le deformazioni e gli accomodamenti ai quali dànno luogo in pratica i loro reciproci contatti. Si verifica infatti anche in questa materia (e meglio lo vedremo esaminando qual'è il sistema dei « mezzi per impugnare le sentenze » accolto

---

(102) *Ib.*, pag. 485; *Lehrbuch*, I, pag. 396.

(103) *System*, I, § 238, pag. 645; cfr. anche di questo Autore: *Anspruch und Klagerecht*, § 59; *Wesen und subiektive Grenzen des Rechtskrafts*, pag. 14 e segg.; *Lehrbuch*, I, § 62; *System*, I, § 106.

(104) *Lehrbuch*, II, § 39: critica in *Vizî della sentenza*, nota 66; anche nel processo penale tedesco questa concezione è accolta dal BELING, *Revision*, pag. 97-98, il quale sostiene che tutti i *Rechtsmittel* hanno come oggetto (*Rechtsmittelanfechtungsobjekt*) la sentenza impugnata, e come motivo un vizio di essa (*Rechtsmittelgrund*).

(105) *Cosa giudicata*, pag. 271-276; cfr. CAMMEO, *Comm.*, I, n. 239 e segg.

(106) *Zivilpr.*, pag. 354, nota 4; *Prozess und Nichtprozess*, pag. 113; e in DERNBURG, *Bürg. Recht*, IV, pag. 574.

(107) *Principii*, § 82, specialmente nn. II, III, V (soprattutto a pag. 961).

(108) *Sentenza civile*, pag. 100, nota 36, ove distingue tra diritto di impugnativa e diritto ad una seconda sentenza.

dal nostro diritto processuale) un fenomeno che si potrebbe dire di « contaminazione », per il quale istituti giuridici che hanno scopi e struttura ben distinti, si sovrappongono e si fondono per considerazioni di economia, o, pur restando separati, si scambiano funzioni e forme d'esercizio (109): ciò può avvenire, tipicamente, nei casi seguenti.

a) Si ha anzitutto la possibilità di un *mezzo di gravame in funzione di azione di accertamento negativo o di azione di impugnativa*: ciò può avvenire quando contro una sentenza soggetta a gravame, la quale sia viziata da uno di quei difetti che, se la sentenza fosse in ultima istanza, dovrebbero esser fatti valere per mezzo di una speciale azione (di accertamento o di impugnativa), si esperimenti il mezzo di gravame, non allo scopo di ottenere una sentenza di secondo grado che decida il merito, ma allo scopo di far dichiarare che la pronuncia del giudice *a quo* non ha requisiti per essere una valida decisione di primo grado, onde, poiché il passaggio all'istanza superiore ha come presupposto il regolare esperimento dell'istanza inferiore, è necessario, prima di provocare una nuova decisione di merito da parte del giudice di secondo grado, ricostruire validamente la prima fase del processo dinanzi al giudice *a quo*.

b) Si ha, in secondo luogo, la possibilità di *un'azione di impugnativa in funzione di azione di accertamento negativo*: ciò accade quando, essendo aperta entro un breve termine contro una sentenza in ultima istanza una speciale azione di impugnativa destinata a far valere determinati vizî sanabili che producono soltanto la annullabilità del giudicato, la parte interessata si valga di questa azione per far dichiarare dal giudice che la sentenza è viziata da qualche difetto insanabile che ne produce la inesistenza giuridica o la nullità assoluta; in questo caso, quantunque la forma prescelta e il termine osservato dall'attore siano proprî di un'azione di impugnativa, l'azione non ha in sostanza uno scopo costitutivo, ma solo uno scopo dichiarativo che avrebbe potuto in seguito, anche decorso il termine, essere in ogni tempo perseguito dall'interessato per mezzo di un'azione di accertamento negativo.

c) E finalmente si ha la possibilità di un'*azione di impugnativa con forme di esercizio simili a quelle di un mezzo di gravame.* Se l'azione di impugnativa contro la sentenza potesse essere esercitata nelle forme normali in cui si esercita, per esempio, l'azione di impugnativa contro un negozio giuridico, l'impugnativa contro

---

(109) *Vizî della sentenza*, n. 14. Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, § 82, III.

la sentenza annullabile o revocabile, la quale dà luogo a un nuovo processo (retro, n. 89), dovrebbe esser portata dinanzi al giudice di primo grado, scelto secondo le regole della competenza ordinaria: invece accade che l'azione di impugnativa contro la sentenza in ultima istanza, quando sia esperimentabile, non possa essere introdotta dinanzi a un giudice inferiore a quello che emanò la sentenza impugnata, ma debba esser proposta o dinanzi allo stesso giudice che pronunciò questa sentenza, o dinanzi a un giudice superiore. In questi casi la natura del giudizio al quale dà luogo la proposizione di questa azione, che nelle sue forme di esercizio ha qualche analogia col mezzo di gravame, resta sempre quella di un *iudicium rescindens*, oggetto del quale è l'esistenza di una volontà di legge diversa da quella che è stata oggetto del giudizio di merito; tuttavia in queste ipotesi in cui la nuova trattazione si innesta immediatamente nel processo pendente, non risulta con piena evidenza che l'azione di impugnativa dia luogo a un nuovo processo, perché, quand'essa vien proposta dinanzi allo stesso giudice che pronunciò la sentenza impugnata, può sembrare che da ciò derivi una immediata riapertura del giudizio di merito, come, quando viene proposta dinanzi a un giudice superiore, può parere che ciò dia luogo a una continuazione dello stesso processo in una nuova fase, cioè ad un fenomeno simile a quello del passaggio della stessa causa da una istanza inferiore a una istanza superiore per interposizione di gravame.

Capitolo VIII

IL RICORSO PER CASSAZIONE NEL SISTEMA DEI MEZZI PER IMPUGNARE LE SENTENZE

Sommario: 91. Concetto di « mezzo per impugnare le sentenze » accolto dal diritto processuale italiano: istituti che non rientrano in questo concetto: *a*) l'azione civile contro i giudici: *b*) il procedimento di correzione. — 92. Classificazione dei mezzi per impugnare le sentenze: tra esse ha importanza quella che distingue tra mezzi ordinarî e straordinarî. — 93. Opportunità di mantenere questa distinzione accolta dal nostro Codice. — 94. Quadro dei mezzi di impugnativa del diritto italiano: I) mezzi *ordinarî*: 1) Appello; 2) Opposizione contumaciale. — 95. II) mezzi *straordinarî*: 1) Opposizione di terzo; 2) Revocazione; 3) Ricorso per cassazione. — 96. In che senso si possa dire che il ricorso per cassazione è un rimedio estremo. — 97. Sul carattere di mezzo straordinario che la nostra legge attribuisce al ricorso per cassazione: critica del pr. Orlando; in che senso si ritiene che la Corte di cassazione *non* costituisce un terzo grado di giurisdizione. — 98. Quando si possa dire che una sentenza è « passata in giudicato ».

91. — Il nostro diritto processuale comprende varî istituti che rispondono ai diversi concetti analizzati nelle precedenti pagine, sotto la denominazione generica di *mezzi per impugnare le sentenze* (Epigrafe del Tit. V, Lib. I, CPC); si parla anche, nello stesso significato generico, di « mezzi di impugnativa » e di « mezzi di impugnazione » (CPP, Tit. III) (1). La legge, naturalmente, non

(1) Le parole *impugnare, impugnativa, impugnazione,* equivalgono a *oppugnare, ecc.,* nel senso di contraddire, negare la giustizia di una sentenza; anche in questa terminologia figurata, si ha un'altra prova di quel continuo riferimento a una vera e propria tenzone per le armi (*pugna*), che si incontra così spesso nel linguaggio processuale. Il progetto ministeriale del 1911 per il CPP intitolava il tit. IV *dei rimedi giuridici,* con evidente imitazione della terminologia tedesca (*Rechtsmittel*); ma poi questa importazione straniera fu cambiata nel testo definitivo nel titolo, corrispondente alla tradizione, di *giudizio sulle impugnazioni,* dietro le critiche fatte nella Relazione senatoria dal Mortara, che giustamente osservava che la espressione di *rimedi giuridici,* avrebbe dovuto esser cambiata, caso mai, per esat-

dà la definizione del concetto astratto, e si limita a precisare i requisiti concreti dei singoli mezzi che in questo concetto essa fa rientrare: e, del resto, non credo che sia né utile né facile, anche mettendosi da un punto di vista prettamente speculativo, dare una definizione esatta di un concetto che comprende sotto di sé istituti di natura profondamente eterogenea. La dottrina italiana e quella francese, la quale si trova dinanzi a una legge che, con denominazione generica simile a quella usata dal nostro diritto, parla di *voies pour attaquer les jugements* (Vol. I, n. 198), non si soffermano a definire il concetto in termini generali (2) o ricorrono a tautologie più o meno larvate (3): e sol per dare un'idea riassuntiva e approssimativa del concetto stesso, si può dire che i mezzi per impugnare le sentenze del nostro CPC sono « rimedî processuali che la legge concede alla parte, soccombente in una delle istanze di cui il processo si compone (o, eccezionalmente, a un terzo), per impedire che la decisione pronunciata non in ultima istanza si trasformi in un definitivo accertamento giurisdizionale, o per distruggere la efficacia di accertamento definitivo già inerente alla decisione pronunciata in ultima istanza, che sia viziata da speciali difetti ».

Prima di esaminare più particolarmente qual'è il contenuto positivo del sistema dei mezzi di impugnativa adottato dal nostro Codice processuale, è opportuno delimitarlo negativamente, accennando a due istituti che, quantunque abbiano coi mezzi di impugnativa qualche punto di contatto, pure non debbono essere compresi, almeno secondo la nostra legge, nel novero di questi.

a) Mentre il *CPC* francese comprende tra le *voies pour attaquer les jugements* la *prise-à-partie* (art. 505-516), onde si disputa nella dottrina francese se questa forma di azione civile contro la persona del giudice possa avere come conseguenza indiretta la invalidazione della sentenza che sia il risultato del suo dolo (4), la nostra legge ha nettamente distinto dai mezzi per impugnare le sentenze la « azione civile contro le autorità giudiziarie » perfino nella materiale collocazione delle disposizioni che la regolano (ar-

---

tezza di traduzione, in quella di *rimedi giudiziari* (infatti la parola tedesca *Rechtsmittel* ha il significato di *Gerichts-mittel;* cfr. WEISMANN, *Lehrbuch,* 1, § 97, pag. 419). La Rel. senatoria trovasi in *Commentario del nuovo CPP,* a cura di GAROFALO, BERENINI, ZERBOGLIO, FLORIAN, *Lavori preparatorî* (1914), pag. 857.

(2) Cfr. MATTIROLO, *Trattato,* IV, nn. 288 e segg.; MORTARA, IV, n. 111; CHIOVENDA, *Principii,* § 82, II.

(3) GARSONNET, *Traité,* V, §§ 1977 e segg.; JAPIOT, *Traité,* Libro V.

(4) Cfr. Vol. I, n. 198; GARSONNET, *Traité,* VI, § 2291; JAPIOT, *Traité,* n. 854 e segg.; MORTARA, *Comm.,* IV, nn. 382-383.

ticoli 783-792 CPC), e nella relazione PISANELLI (5) sono chiaramente esposte le ragioni per cui dev'esser tenuto fuori dal sistema dei mezzi di impugnativa un istituto per mezzo del quale « la parte soccombente ottiene il risarcimento dei danni cagionati da un fatto delittuoso, ma la sentenza rimane affatto in disparte ». La responsabilità personale del giudice nei casi contemplati dall'art. 783 CPC può nascere da qualsiasi fatto ad esso imputabile nell'esercizio delle sue funzioni, anche all'infuori del sentenziare (6); ma quand'anche questo fatto consista nella pronuncia di una sentenza ingiusta, la cui ingiustizia non sia effetto di un involontario *error in iudicando,* ma di « dolo, frode o concussione del giudice » (articolo 738, n. 1°: retro, n. 79, II, 1), l'azione civile, esperimentabile contro il giudice dalla parte che è stata danneggiata dalla sentenza, mira a ottenere il risarcimento del danno derivante da questa attività dolosa, non a invalidare la decisione che sul dolo si basa. Si osserva che talvolta anche contro il dolo del giudice la parte può tutelarsi mediante l'esperimento di un vero e proprio mezzo di impugnativa, quando questo si accompagni al dolo della parte avversaria (7) (retro, n. 79, II, 3 *b*); ma quando non vi siano i presupposti, o sia scaduto il termine per l'esperimento di un mezzo d'impugnativa, la dottrina tradizionale ritiene che l'azione civile debba esperimentarsi al solo scopo di ottenere il risarcimento, lasciando intatta la sentenza passata in giudicato (8) (con che si deve ammettere che la legge possa ritener valida una sentenza e contemporaneamente condannare il suo autore, per il quale l'averla emanata costituisce una causa di responsabilità civile e magari di pena); mentre una opinione più recente, che evita questo assurdo, ma che forse è in contrasto colla tradizione dell'istituto (9), ritiene che contro il giudice il quale nel pronunciare una sentenza sia incorso in una delle imputazioni contemplate nell'articolo 783, n. 3, non si possa proporre azione civile per il risarcimento dei danni se non in quanto la sentenza sia stata previamente invalidata con l'esperimento di un mezzo d'impugnativa, onde, col precludersi dei mezzi di impugnativa, verrebbe anche a precludersi l'azione civile (10).

---

(5) Nn. 331-332.

(6) *Ibid.*, n. 332; cfr. CHIOVENDA, *Principii,* § 26, V *c*); MATTIROLO, IV, n. 1296, ed anche PISANELLI, *Comm.*, nn. MCCXXV e segg.

(7) MORTARA, *Comm.*, II, 383.

(8) MORTARA, *ib.;* MATTIROLO, *Trattato,* IV, n. 1337.

(9) CHIOVENDA, *Principii,* pag. 482; ROCCO (A.), *La riparazione alle vittime degli errori giudiziari,* n. 15, pag. 231-234.

(10) La frase usata dal PISANELLI, *Relazione,* n. 332 « ma la sentenza rimane

La separazione tra l'azione civile contro i giudici e i mezzi per impugnare le sentenze, che la nostra legge, a differenza di qualche legge straniera (11) determina in modo così rigoroso da cader nell'assurdo, è la conseguenza di un principio, prevalente nel processo moderno, secondo il quale i vizî della sentenza, nelle loro relazioni coi mezzi di impugnativa, vengono considerati da un punto di vista *obiettivo*, senza metterli in connessione colla volontà *subiettiva* della persona giudicante, a differenza di quanto avveniva negli antichi diritti germanici (cfr. Vol. I, capit. V e capit. XIV) (12).

b) Neppure deve andare confuso coi mezzi per impugnare le sentenze quello speciale procedimento col quale si può chiedere allo stesso giudice che ha emanato la sentenza la *correzione* degli errori materiali che siano intervenuti nel tenore della sua decisione (art. 473 CPC, art. 271 RGG): questo procedimento, infatti, esclude ogni animo di impugnare la pronuncia del giudice (13), poiché esso mira non a impedire che la sentenza soggetta a gravame passi in giudicato o a invalidare la sentenza che già riveste la autorità di cosa giudicata, ma anzi a far valere nella sua vera intenzione la volontà del giudice, che nel tenore della sentenza ha trovato inesatta o incompleta espressione. È presupposto del procedimento di correzione che la sentenza, in quanto atto scritto, sia viziata da uno di quei difetti che la nostra dottrina raccoglie sotto la espressione, ormai adoprata con significato tecnicamente preciso, di « errore *materiale* » (14); questa specie di errore non riguarda la formazione logica della sentenza, né deve quindi confondersi coll'errore di giudizio *in iure* o *in facto*: il giudice ha cor-

---

affatto in disparte » sembrami che autorizzi a ritenere che, nella intenzione dei legislatori, l'azione civile è proponibile anche se la sentenza è passata in giudicato. A dimostrare quanto questa opinione più recente sia lontana dalla opinione corrente, basti ricordare che vi è qualche scrittore (cfr. citazioni in MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1297), che ritiene esser condizione necessaria per l'esperimento dell'azione civile l'*esaurimento* di tutti i mezzi per impugnare le sentenze.

(11) Cfr. MORTARA, *Comm.*, II, n. 356; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 482, nota 3. Le leggi processuali germanica (*CPO*, § 580, n. 5) e austriaca (*CPO*, § 530, n. 4), considerano tra i motivi rispettivamente di *Restitutionsklage* e di *Wiederaufnahmeklage* la violazione penalmente perseguibile dei doveri d'ufficio commessa dal giudice nel sentenziare. Nel diritto austriaco vi è poi la *Syndakatsklage* regolata dalla Legge 12 luglio 1872 (trad. in EUSEBIO, *Diritto giud. civ. austriaco*, I, pag. 284); cfr. anche SANDER, *Syndakatsklage*, citato nel vol. I.

(12) Cfr. MORTARA, *Comm.*, II, n. 386; HELLWIG, *System*, § 237, III, 2. Per il diritto intermedio, cfr. il mio *Error in iudicando*, n. 67 e BOLGIANO, *Begriff des Rechtsmittels*, pag. 421. Cfr. anche WACH, *Handbuch*, § 15, II, pag. 187.

(13) LESSONA, *Manuale*, n. 227.

(14) *Relazione* PISANELLI, n. 338.

rettamente ragionato ed ha completamente e chiaramente voluto; ma poi è avvenuto che egli stesso, nel tradurre in iscritto il suo pensiero, o il cancelliere, nel redigere ufficialmente l'originale della sentenza (art. 266 RGG), sia incorso involontariamente in qualche omissione o in qualche inesattezza per cui si verifica « una difformità tra il concetto della sentenza e la sua materiale espressione » (15). Il procedimento di correzione, dunque, non è diretto a portar variazione sulla *esistenza* della sentenza, ma solo a mettere in *evidenza* la sentenza esistente: tende a far prevalere *id quod actum* sopra *quod dictum est* (16).

L'art. 473 non adopra la espressione sintetica di « errore materiale » usata dalla dottrina, ma enumera vari casi che rientrano in questo concetto; e cioè: 1° omissioni od errori che non producano la nullità della sentenza a termini dell'art. 361 CPC; 2° anche tra queste omissioni che a termini dell'art. 361 CPC producono la nullità della sentenza, ve n'ha una (art. 360 CPC, n. 4) che può essere rettificata per mezzo della correzione (art. 473 cit. « ...per aggiungere alcuna delle conclusioni che, presa dalle parti, non sia stata riferita, ma risulti dai motivi che col dispositivo vi si è provveduto »); 3° errore di calcolo, anche nella parte dispositiva. Il valore di questa enumerazione è variamente inteso dalla dottrina (17); secondo una interpretazione restrittiva la correzione deve intendersi limitata alle omissioni od errori contemplati *non* a pena di nullità dagli art. 360-361 CPC, e al solo errore di calcolo nel dispositivo; secondo una interpretazione più ampia (18), questo rimedio può essere esteso anche a qualunque errore materiale, diverso dall'errore di calcolo, intervenuto nel dispositivo (quando non costituisca la omissione contemplata nel n. 7 dell'art. 360) (19) purché sia *evidente*, cioè emergente dal tenore stesso della sentenza, e desumibile da un elemento situato nel dispositivo, non da una semplice inconciliabilità fra dispositivo e motivi (20). L'errore materiale,

---

(15) *Relaz.* PISANELLI, n. 338; *Comm.* IV, n. MCLXXXVI.

(16) WACH, *Urteilsnichtigkeit*, I, 400.

(17) Cfr. riassunto questo punto colla consueta acutezza da CAMMEO, *L'errore nella dichiarazione di volontà come vizio degli atti amministrativi*, n. 3 *b*, pag. 112-114.

(18) Cfr. specialmente MORTARA, *Comm.*, IV, n. 56.

(19) Cfr. autori e giurisprudenza per le due tendenze in FRANCESCHINI, *La correzione delle sentenze*, nn. 29-30.

(20) CAMMEO, *L'errore*, cit., pag. 114; mi lascia però un po' perplesso l'insegnamento dell'illustre Autore che sia evidente solo quell'errore che emerga dall'atto stesso della sentenza: si cfr. nel vol. I, n. 66, come dalla dottrina del

anche se intervenuto nel dispositivo, non può mai confondersi, dunque, né coll'*error in iudicando* di fatto resultante dagli atti e documenti della causa (art. 494, n. 4° CPC: retro, n. 79, II, 2 B), né coll'errore logico (« difetto di motivazione »: retro, n. 79, II, 2 D, *a*).

La domanda di correzione può sempre proporsi con procedimento autonomo dinanzi al giudice *a quo*, senza limitazione di termine; ma quando la sentenza viziata da errore materiale sia soggetta a gravame, la domanda di correzione può anche esser presentata al giudice *ad quem*, conglobandola colla proposizione del gravame (21) (fenomeno analogo a quelli già rilevati: retro, n. 90).

Colla domanda di correzione, proponibile allo stesso giudice che ha emanato la sentenza (già dal diritto romano ritenuta conciliabile col principio della irrevocabilità della sentenza per parte del giudice che l'ha pronunciata) (22) non devono essere confusi istituti affini, ammessi da altri diritti ma non dal nostro (23), che mirano a provocare da parte del giudice, il quale abbia ragionato e conseguentemente voluto in modo oscuro o incompleto, una dichiarazione sul significato della sua sentenza e una integrazione della sentenza sui punti restati indecisi (24), con che si viene a modificare, non soltanto a mettere in evidenza, il contenuto della sentenza.

---

diritto intermedio era inteso con maggior larghezza il concetto di *error expressus*. Cfr. MATTIROLO, *Trattato*, IV, 95.

(21) *Relaz.* PISANELLI, n. 338 cit.; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 971. È controverso però se per semplici errori materiali la parte, invece del proc. di correzione, possa servirsi di un vero mezzo di impugnativa: MATTIROLO, *Trattato*, IV, 98.

(22) WETZELL, *System*, § 51, 1 *a*, pag. 655, con citazione di testi romani nelle note 14 e 15. Cfr. vol. I, n. 21.

(23) Cfr. FRANCESCHINI, *Correzione*, cit., nn. 15-18; MORTARA, *Comm.*, IV, n. 55; LESSONA, *Manuale*, pag. 327, nota 1; MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 94 in nota; PISANELLI, *Comm.*, IV, nn. MCXCII-MCXCIV.

(24) Il punto caratteristico di distinzione fra la correzione e questi altri due istituti affini è proprio questo: che la prima serve a emendare un difetto di espressione, gli altri a emendare un difetto di volizione: cfr. WETZELL, *System*, § 51, 1 *b*. Il diritto germanico, accanto alla correzione degli errori materiali (*Berichtigung*, § 319 *CPO*: cfr. HELLWIG, *System*, § 162, II, 1), conosce un procedimento di interpretazione dei motivi della sentenza (§ 320 *CPO;* HELLWIG, *ib.*, § 162, III), e uno per la integrazione del dispositivo incompleto (*Ergänzung*, § 321 *CPO*; HELLWIG, *ib.*, § 162, IV); questi tre istituti si trovano distinti anche nel diritto austriaco (§ 419; §§ 420-422; §§ 423-424 *CPO*). L'istituto della interpretazione (*interprétation*: *Erläuterung*), è ammesso anche dalle legislazioni processuali svizzere: cfr. i codici processuali di Ginevra, 2 dicembre 1911 (art. 286); di Sciaffusa, 30 ottobre 1869 (§§ 328-333); di Zurigo, 2 dicembre 1874 (§§ 724-728); di Friburgo, 12 ott. 1849 (art. 533-540), ecc. Un procedimento di integrazione della sentenza si può avere, nel nostro diritto, nel caso dell'art. 370, cpv. 2° CPC (MORTARA, *Comm.*, IV, nn. 55, 82, 86; MAT-

92. — Sgombrato il campo da istituti affini che possono ingenerare confusione di idee, il concetto di mezzo per impugnare le sentenze resta così circoscritto ai cinque istituti che trovansi enumerati nell'art. 465 CPC.

Poiché ciascun mezzo di impugnativa, pur avendo delle proprie caratteristiche che ne costituiscono la individualità processuale, possiede però qualche tratto generico in comune con tutti o con parte degli altri, si presenta la possibilità dei più svariati raggruppamenti, giacché da uno qualunque dei caratteri in parte comuni, anche se estrinseco ed accessorio, può desumersi un criterio di classificazione; ma si otterranno, così, dei raggruppamenti artificiali e non inspirati ad una reale affinità di sostanza: come accade quando la dottrina, distinguendo tra *mezzi di ritrattazione* e *mezzi di riforma* (25), cioè tra mezzi che dànno luogo a una nuova trattazione dinanzi allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata (opposizione contumaciale, opposizione di terzo, revocazione) e mezzi che dànno luogo a una nuova trattazione dinanzi a un giudice superiore (appello, ricorso per cassazione), fa rientrare così nello stesso gruppo rimedi che sostanzialmente differiscono tra di loro più di quanto differiscano dai rimedi compresi nell'altro gruppo. Altre classificazioni si potrebbero ottenere cambiando il punto di vista (26); ma l'unica che abbia una base nel diritto positivo, e insieme in una intrinseca ragione di distinzione, è quella adottata dall'art. 465 CPC, secondo il quale « i mezzi per impugnare le sentenze sono *ordinarî* e *straordinarî* ».

Si è già accennato a suo tempo che questa bipartizione dei mezzi di impugnativa, già preparata nella terminologia dal diritto comune (Vol. I, n. 73), è stata accolta dal diritto francese, non tanto per la lettera della legge, che parla delle *voies extraordinaires* senza menzionare esplicitamente la classe di quelle *ordinaires*, quanto per l'insegnamento della dottrina (Vol. I, n. 198) (27). Il nostro legislatore ha ritenuto utile codificare la distinzione,

---

TIROLO, *Trattato*, IV, 94). Nel diritto francese non si ha disposizione espressa, ma la pratica ammette presso il giudice *a quo* un procedimento di correzione che si allarga talvolta a una vera interpretazione: cfr. GARSONNET, *Traité*, III, § 461.

(25) Cfr. LESSONA, *Manuale*, pag. 326, nota 1; MORTARA, *Comm.*, IV, n. 111; ENGELMANN, *Civilprocess*, § 118.

(26) Cfr. le osservazioni di CHIOVENDA, *Principii*, pag. 947, e oltre, n. 98, nota 93, a pag. 230.

(27) Cfr. specialmente GARSONNET, *Traité*, V, § 1977; JAPIOT, *Traité*, n. 984 e MORTARA, *Comm.*, IV, n. 113.

senza peraltro definirne il significato: e i nostri scrittori, seguendo in parte le traccie degli scrittori francesi, enumerano le differenze tra questi due gruppi di istituti, le quali si possono riassumere nelle seguenti (28):

a) i mezzi ordinarî (appello, opposizione contumaciale) competono per il solo fatto che si è parti in causa, mentre quelli straordinarî (revocazione, opposizione del terzo, ricorso per cassazione) sono esperimentabili solamente in quanto esistono nel giudicato alcuni vizî tassativamente stabiliti dalla legge, ognuno dei quali costituisce il titolo di un diritto di impugnativa (29);

b) i mezzi ordinarî dànno luogo a una nuova istruttoria che ha la stessa ampiezza di quella in base alla quale fu pronunciata la sentenza impugnata, mentre quelli straordinarî dànno luogo, almeno immediatamente, a una trattazione più ristretta di quella precedente e vertente su un oggetto diverso (30);

c) i mezzi ordinarî sospendono l'esecuzione della sentenza (*effetto sospensivo*: art. 475, art. 482 CPC) a meno che non sia ordinata la provvisoria esecuzione; i mezzi straordinarî non hanno effetto sospensivo (art. 503, 514, 520 CPC) a meno che non sia ordinata la sospensione dell'esecuzione nei casi in cui la legge lo permette (art. 503 cpv., 514 cpv., 520, 309, 750 CPC) (31);

d) i mezzi straordinarî, a differenza di quelli ordinarî, non sono ammissibili se non quando la parte che vi ricorre abbia depositato, a titolo di multa per l'eventuale rigetto della impugnativa, una somma determinata dalla legge (articoli 499, 506, 521, 541 CPC; il rigetto dell'opposizione di terzo produce condanna alla multa a carico dell'opponente, ma non è richiesto il deposito preventivo: art. 516 CPC) (32);

---

(28) Cfr. MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 289; MORTARA, *Comm.*, I, 113-114; CHIOVENDA, *Principii*, § 82, II; LESSONA, *Manuale*, n. 226.

(29) MATTIROLO, IV, 289; CHIOVENDA, § 82, II *a*).

(30) MATTIROLO, *ib.*; CHIOVENDA, § 82, II *b*); LESSONA, n. 226 cit. Critica di questo e del precedente carattere di distinzione in MORTARA, IV, 113. Si ricordi che per i processualisti tedeschi moderni il carattere fondamentale del *Rechtsmittel* è che esso dà luogo alla continuazione dello stesso processo in una nuova fase: cfr. WACH, *Vorträge*, 2ª ed., pag. 244; KLEINFELLER, *Lehrbuch*, pag. 493 (*Vizî della sentenza*, n. 71). Altri criterî erano seguìti prima dell'andata in vigore del *CPO*, per i quali cfr. BOLGIANO, *Begriff des Rechtsmittels*, secondo il quale i mezzi ordinarî sono quelli limitati in un termine decorrente dalla notificazione della sentenza (pag. 426); e WEISMANN, *Lehrbuch*, I, pag. 420.

(31) CHIOVENDA, § 82, II *c*); cfr. anche GARSONNET, *Traité*, V, § 1977.

(32) CHIOVENDA, § 82, II *d*).

e) un'ultima differenza, che forse è anche la più importante, è controversa nella nostra dottrina: e però ne tratto a parte (oltre, n. 98).

È evidente che queste diversità, rilevate dalla nostra dottrina tra il gruppo dei mezzi ordinarî e quello dei mezzi straordinarî per impugnare le sentenze sono simili (lasciando da parte quella *sub d* che ha carattere puramente accessorio) ad alcune di quelle che in luogo opportuno (retro, n. 89) ho messo in evidenza, enumerando i caratteri differenziali che passano tra i mezzi di gravame e le azioni di impugnativa: onde senza star qui a ripetere le osservazioni fatte allora, mi pare che, possedendo ormai ben precisato il concetto di questi due termini contrapposti, si possa affermare che *la differenza tra i mezzi ordinarî e quelli straordinarî per impugnare le sentenze consiste in ciò, che i primi sono mezzi di gravame, mentre gli altri sono azioni di impugnativa.*

93. — Naturalmente non dobbiamo credere di trovare negli istituti del nostro diritto positivo, formati per servire nel modo più economico alle necessità della pratica, una contrapposizione tra i due concetti così netta come quella che può esser fatta da un punto di vista prettamente teorico; ma, pur verificandosi nella pratica una serie di quelle *contaminazioni* di cui già si sono previsti i tipi principali (retro, n. 90), certo è che, anche per la nostra legge processuale, la sostanza dei cosiddetti mezzi ordinarî per impugnare le sentenze è ben diversa da quella dei cosiddetti mezzi straordinarî: talché mi trovo pienamente d'accordo con quella parte della dottrina che, contrariamente all'opinione di qualche scrittore (33) e alle proposte contenute in un recente disegno di riforma processuale (34), ritiene che non sia inutile distinguere in due gruppi i mezzi per impugnare le sentenze, dal momento che, in realtà, a questi due gruppi corrisponde una diversità sostanziale di concetti (35). Questa diversità è così profonda che le legislazioni processuali più moderne non solo non hanno negletto la distinzione, ma l'hanno accentuata a tal punto da considerare come mezzi per impugnare le sentenze soltanto quelli che abbiano i caratteri di un mezzo di gravame nel senso da me precisato, mentre trattano a parte di quegli istituti che meglio rispondono

(33) Citazioni in MATTIROLO, IV, 289. Adde: DE PALO in « R. d. co. », 1909, I, 694, che chiama « scolastica » questa distinzione.

(34) *Riforme al CPC* proposte dal M. ORLANDO, 24 maggio 1909, capo III (vol. I, n. 271 *u*).

(35) MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 289; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 962, nota 2.

alla natura di una azione di impugnativa (36); onde, se ci fosse da augurarsi *in iure condendo* qualche modificazione alla terminologia adottata dal nostro Codice, dovremmo desiderare non già di vedere abolita ogni distinzione fra mezzi ordinarî e mezzi straordinarî, ma se mai, di vederla espressa con parole che meglio ne indichino la importanza; infatti la contrapposizione usata dalle nostre leggi tra mezzi *ordinarî* e mezzi *straordinarî* può far credere che il criterio di distinzione sia soltanto quello, molto relativo, della maggiore o minor frequenza e normalità del loro esercizio (37), mentre sarebbe molto più logico usare dei termini da cui chiaro si desumesse che i cosidetti mezzi di impugnativa *straordinarî* non sono mezzi di impugnativa nel senso che a questa espressione si usa dare quando si parla dei mezzi *ordinarî*, ma sono istituti ben diversi nella sostanza, che possono avere coi primi soltanto qualche assimilazione di forma (per questo potrebbe essere adottata la distinzione fatta per incidenza dal CHIOVENDA (38) tra mezzi di impugnativa *proprii* [ossia *mezzi di gravame*] e mezzi di impugnativa *assimilati* [ossia *azioni di impugnativa*]) (39).

---

(36) Così il *CPO* germanico (vol. I, n. 213) e il *CPO* austriaco (vol. I, n. 237); anche la legge processuale ungherese del 1911 tratta nel titolo IV, capitolo III, dei mezzi di gravame, e nel titolo V della riapertura del procedimento mediante azioni di impugnativa. Non si capisce pertanto come la *Relazione* al Pr. ORLANDO, pag. 10, possa dire candidamente che « nessun'altra legge di procedura ha sentito il bisogno o la utilità di simile classificazione »; avrebbe dovuto dire, se mai, che le legislazioni più moderne hanno sentito il bisogno di portare questa classificazione alle conseguenze estreme! Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 953, nota 4 e 962, nota 2; e in *Nuovi saggi*, pag. 145.

(37) Lo SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 780-781, unico tra i processualisti tedeschi che disapprovi il sistema, adottato dal *CPO*, di non comprendere tra i *Rechtsmittel* anche le azioni di nullità o di restituzione, troverebbe preferibile la distinzione tra rimedi *ordinarî* e rimedi *straordinarî*, comprendendo tra i primi quei mezzi di impugnativa che provocano la continuazione dello stesso processo, e che quindi possono essere considerati come fasi normali, *ordinarie*, di esso, il quale non sembra effettivamente finito finché non si sa se queste impugnative saranno proposte, o, una volta proposte, quale ne sarà l'esito.

(38) *Principii*, pag. 962.

(39) Altra è la questione relativa alla opportunità di mantenere, in *iure condendo*, la distinzione tra m. ordinarî e m. straordinarî, ed altra quella relativa alla opportunità di dare ai singoli istituti sotto le due classi di questa distinzione un raggruppamento diverso da quello che hanno ora. Si cfr. per quest'ultimo punto MORTARA, *Comm.*, IV, n. 114, il quale riterrebbe opportuno includere tra i m. ordinarî il ricorso per cassazione, e tra gli straordinarî la opposizione contumaciale e l'azione civile.

94. — Come riprova della fondatezza del principio suaccennato (retro, n. 92), secondo il quale quegli istituti che la nostra legge chiama m. ordinarî sarebbero in sostanza dei veri mezzi di gravame, mentre quelli straordinarî avrebbero la natura di azioni di impugnativa, è opportuno tracciare nelle linee fondamentali il profilo di ciascuno dei cinque istituti che rientrano nella denominazione generica di mezzi per impugnare le sentenze.

I. Mezzi Ordinari (40).

1] *Appello* (articoli 481-493 CPC) (41). È il mezzo di gravame tipico, che, corrispondendo al principio del doppio grado, passato nel nostro ordinamento giudiziario dal diritto francese (42), dà sempre luogo a una nuova istanza dinanzi a un giudice superiore (effetto *devolutivo*); l'appello è, nella nostra legislazione (43), un mezzo di gravame *totale* (retro, n. 86), poiché produce nella seconda istanza la continuazione non solo della fase decisoria, ma anche della fase istruttoria (art. 490 CPC), in modo da eliminare, prima che si formi la cosa giudicata, non solo gli errori di giudizio del giudice *a quo*, ma anche le deficienze del materiale istruttorio derivanti da mancata o malcondotta difesa della parte soccombente (44). Tutte le caratteristiche del mezzo di gravame

(40) *Vizî della sentenza*, nn. 15-16.

(41) Cfr. Pisanelli, *Comm.*, IV, tit. 1°; Mortara, *Appello civile* e *Comm.*, IV, tit. 4°; Mattirolo, *Trattato*, IV, cap. VI, art. III.

(42) Cfr. Zanzucchi (M. T.), *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello*, n. 68; è certo che, quantunque nessun testo di legge esplicitamente ponga nel nostro ordinamento il principio del doppio grado, questo principio è stato accolto dal nostro legislatore come base implicita del nostro processo: cfr. Pisanelli, *Relazione*, n. 346, in cui parla ripetutamente dei « due gradi della giurisdizione ordinaria »; Chiovenda, *Principii*, pag. 392. In senso contrario: Mortara, *Comm.*, II, n. 17.

(43) Nel diritto romano l'appello sorge, come sappiamo (vol. I, cap. III), come un ricorso al superiore gerarchico contro la ingiustizia dell'inferiore: qualcosa di simile, dunque, al nostro ricorso gerarchico in materia amministrativa (cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 395, nota 1); ma nel diritto giustinianeo si trova ammessa la facoltà di dedurre nuove prove in appello, il che dà luogo a un *novum iudicium* (vol. I, n. 31), mentre anche in caso di rigetto dell'appello (*appellatio iniusta*), la forza di giudicato era inerente alla sentenza del giudice superiore e non retroagiva alla sentenza appellata. Ciò si desume chiaramente, mi sembra, dalla L. 6, § 1, D. III, 2: cfr. però, ora, Costa (E.), *Profilo storico del processo civile romano* (Roma, 1918) [che non ho potuto utilizzare nel primo volume], pag. 78, ove è detto che la sentenza d'appello nel diritto romano « solo ha efficacia qualora essa abbia contenenza diversa da quella appellata ».

(44) Mortara, *Comm.*, II, 12.

già da me messe in luce (retro, n. 89) si riscontrano in questo istituto: in particolare è da notare che la esistenza di un vizio nella decisione di primo grado non costituisce una condizione del diritto di appello (che sorge in chi è stato parte in prima istanza solo in quanto la decisione sia *appellabile*, e in quanto da essa l'appellante risenta un effettivo *gravame*) (45); a ciò non contraddice la disposizione secondo la quale l'atto di appello ne deve contenere i *motivi* (art. 486 messo a confronto coll'art. 134, n. 2° CPC), poiché questo requisito, agli effetti della ammissibilità dell'appello, è perfettamente adempiuto anche se i motivi contenuti nell'atto di appello siano *infondati*, talché, mentre nelle azioni di impugnativa la infondatezza del motivo produce la inesistenza del diritto di impugnativa (retro, n. 89 *b*), nell'appello la infondatezza dei motivi potrà produrre una sentenza di merito sfavorevole all'appellante, ma non distrugge il diritto di gravame, cioè il diritto ad ottenere una *nuova* sentenza in merito (46).

La natura caratteristica di mezzo di gravame che ha l'appello non impedisce che esso, secondo la possibilità già affermata in generale (retro, n. 90) possa assumere le funzioni di una vera azione di impugnativa per motivi di annullabilità (47) (es. art. 493 CPC, per il quale l'appello può trasformarsi in una vera e propria querela di nullità) o di revocabilità (art. 494, 495 CPC, dai quali si desume che i motivi di revocazione 4° e 5° dell'art. 494 non possono essere fatti valere contro una decisione di prima istanza se non per via di gravame), o di una azione di accertamento negativo per motivi di inesistenza o di nullità assoluta (48).

2] *Opposizione contumaciale* (art. 474-480 CPC) (49). È un vero e proprio mezzo di gravame, che differisce dall'appello in quanto può valersene soltanto il convenuto non citato in persona propria restato contumace nel giudizio (art. 474 CPC) e in quanto la nuova istanza cui l'opposizione dà luogo si svolge non

---

(45) Chiovenda, *Principii*, § 84, III.

(46) Contro: Mortara, *Comm.*, IV, 113, pag. 202, il quale concependo il diritto d'appello come un diritto alla risoluzione della sentenza di primo grado, insegna che i motivi nell'atto di appello hanno lo stesso valore dei motivi nel ricorso per cassazione.

(47) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 898 e 982; Wach, *Urteilsnichtigkeit*, pag. 394, in fine.

(48) Non tutti gli autori ammettono che contro una sentenza inesistente o assolutamente nulla si possa esperimentare un mezzo di gravame: cfr. Jellinek, *Fehlerhafte Staatsakt*, pag. 124.

(49) Mattirolo, *Trattato*, IV, capo VI, art. II; Mortara, *Comm.*, IV, tit. III.

dinanzi a un'autorità giudiziaria superiore, ma dinanzi la stessa autorità che ha pronunciato la sentenza contumaciale (mancanza di effetto *devolutivo*). Ma, all'infuori di queste due differenze, l'esperimento della opposizione da parte del contumace non ha sulla sentenza contumaciale effetti diversi da quelli che ha sulla sentenza di primo grado l'esperimento dell'appello: anche la sentenza contumaciale, analogamente a quella appellabile, nasce sottoposta alla condizione sospensiva « se non sarà pronunciata una *nuova* sentenza dallo stesso giudice »; e se il giudice, al quale la opposizione vien presentata, deve riconoscerne preliminarmente la ammissibilità (50), la sentenza contumaciale non viene per questo solo fatto a perdere la possibilità di passare in giudicato per perenzione o rinuncia del nuovo giudizio (51), ma solo si prolunga il suo stato di pendenza fino al momento in cui non sia pronunciata una nuova sentenza, o non sia certo che il nuovo giudizio non darà luogo a una nuova sentenza (52). Non può dunque il diritto d'opposizione contumaciale esser considerato — come si sostiene per gli istituti analoghi esistenti in legislazioni diverse dalla nostra (53) — quale

---

(50) MORTARA, *Comm.*, IV, n. 195.

(51) CHIOVENDA, *Principii*, § 83, 1.

(52) Si potrebbe obiettare contro questa concezione che l'opposizione contumaciale può anche esser proposta (art. 477 CPC), quando l'esecutorietà della sentenza non è più sospesa e che quindi in questo caso essa non ha più il carattere di un mezzo di gravame (MORTARA, *Comm.*, IV, 113); ma giustamente insegna il CHIOVENDA, *Principii*, pag. 205, nota e pag. 975, che quando, spirato il termine per fare opposizione, la sentenza contumaciale diventa esecutiva, siamo dinanzi a un caso di esecuzione provvisoria *ope legis*.

(53) Contro questo modo di concepire l'*opposition* del diritto francese (articoli 157-165 *CPC*), cfr. GARSONNET, *Traité*, VI, § 2272 e GLASSON, *Précis*, I, § 71. Per il *CPO* germanico (vol. I, n. 213), la parte contumace può valersi contro la sentenza contumaciale dell'*Einspruch* (§§ 338-346 *CPO*), che viene concepito da una parte della dottrina come « una semplice difesa che ha di per sé l'effetto di rimuovere la sentenza contumaciale » (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 972, nota 3: cfr. WACH, *Vorträge*, pag. 245, e SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 783), mentre un'altra tendenza vede in essa un istituto simile, se non nel nome, certo nella sostanza, ai *Rechtsmittel*: così il KOHLER, *Zivilpr.*, § 85 applica anche alla sentenza contumaciale il suo concetto della condizione risolutiva e afferma che l'unica differenza tra i mezzi di gravame e l'*Einspruch* consiste nel fatto che questo ultimo istituto produce una nuova istanza dinanzi allo stesso giudice. Questa è anche, mi pare, l'unica ragione che HELLWIG porta per giustificare perché l'*Einspruch* non sia annoverato tra i *Rechtsmittel*, dei quali sarebbe carattere fondamentale quello di portar la lite a un giudice *superiore* (effetto devolutivo: *System*, § 237, II, 1; cfr. anche FITTING, *Reichs-c. Pr.*, § 81), mentre poi in sostanza attribuisce a questo rimedio gli stessi effetti dell'appello sulla sentenza impugnata (*ib.*, § 199), in quanto nega che la sem-

un diritto del contumace a metter nel nulla la sentenza contumaciale con una semplice dichiarazione di volontà; ma ancor meno esso può considerarsi come un diritto di impugnativa per un *error in procedendo* inerente alla sentenza, quasiché la sentenza contumaciale presupposta dall'art. 474 CPC possa raffigurarsi come una pronuncia necessariamente viziata da un difetto di attività (mancanza di citazione in persona propria), e quindi annullabile (54). Per poter sostenere questa concezione bisognerebbe anzitutto dimostrare che si possa qualificare come un *error in procedendo* l'eseguire un atto processuale secondo le modalità stabilite da un articolo di legge (art. 139 CPC) e che debba di conseguenza concepirsi il procedimento contumaciale non come un procedimento regolare stabilito dalla legge in vista di speciali circostanze, ma come un procedimento — mi si passi la espressione necessariamente paradossale — nato illegale per volontà della legge; bisognerebbe in secondo luogo spiegare per quale ragione, se il giudizio preliminare sulla ammissibilità della opposizione (55) verte su un diritto di impugnativa ed è quindi un *iudicium rescindens*, la sentenza contumaciale può tuttavia, come sopra si è detto, passare in giudicato per perenzione o per rinuncia del nuovo giudizio.

---

plice ammissione dell'*Einspruch* (§ 341 *CPO*), faccia cadere la sentenza contumaciale (*System*, § 199, III). In realtà mi sembra che tra l'*Einspruch* del diritto tedesco, così considerata, e la nostra opposizione non passi quella gran differenza che può sembrare a prima vista; una differenza che colpisce è che mentre secondo il nostro art. 478 *CPC*, l'atto di opposizione « deve contenere i motivi », il § 340 *CPO* non esige nell'*Einspruchsschrift* altro che la dichiarazione di volersi valere della opposizione: onde si può essere tratti a credere che nel diritto germanico basti la semplice dichiarazione di volontà a far cadere la sentenza, mentre nel nostro occorra la esistenza di giusti motivi perché l'opposizione sia ammessa. Ma questa diversità è soltanto apparente; infatti nel nostro diritto perché l'opposizione sia dichiarata ammissibile, basta che l'atto *solo formalmente* contenga (come ho già detto per l'atto di appello) dei motivi anche infondati; se poi, nel merito, data la infondatezza dei motivi, sarà pronunciata una sentenza uguale a quella contumaciale, con ciò non sarà negato il diritto del contumace ad avere una nuova sentenza, ossia il diritto di opposizione. Cfr., del resto, sull'art. 478 MORTARA, *Comm.*, IV, 194; MATTIROLO, *Trattato*, IV, nn. 407 e segg.

(54) Rocco (U.), *Cosa giudicata*, pag. 263, nota 1.

(55) *Ibidem*, pag. 266, nella stessa nota. Per considerazioni diverse il MORTARA, *Comm.*, IV, nn. 112-114 giunge alla conclusione, analoga a quella del Rocco, che l'opposizione contumaciale non debba *in iure condendo* esser compresa tra i mezzi di impugnativa ordinarî, poiché essa dipende da circostanze anormali, che ne riducono l'esercizio ai soli casi tassativamente determinati dalla legge.

95. — II. Mezzi Straordinari (56).

1] *Opposizione del terzo* (art. 510-516 CPC) (57). È un istituto di natura tutta particolare, che non può essere agevolmente apprezzato se non tenendo conto dello scopo (tutela degli interessi di persona *estranea* al processo), diverso da quello comune a tutti gli altri mezzi di impugnativa, ch'esso mira a raggiungere (58). Se non si può in questo rimedio trovare alcuno dei caratteri propri del mezzo di gravame, neppure è dato riscontrare in esso tutte le caratteristiche di una azione di impugnativa: in particolare non si può dire che il diritto di opposizione derivi sempre (specialmente quando si tratta di opposizione ex art. 510) da un vizio della sentenza, né che il giudizio sulla esistenza di questo diritto produca un *iudicium rescindens* che conduca all'annullamento della sentenza (cfr. art. 514 CPC). Pur tuttavia è certissimo che questo rimedio si avvicina assai più ad essere un'azione che un mezzo di gravame: anzi, nel caso dell'art. 512, esso non è che l'azione pauliana del diritto civile trasportata nel processo (59) e adattata, per lo speciale scopo a cui deve servire, a speciali forme e a speciali regole di competenza.

2] *Revocazione* (art. 494-509 CPC) (60). È il tipo più perfetto di azione impugnativa contro il giudicato: essa infatti è l'esercizio del diritto ad ottenere l'invalidazione di una sentenza non più soggetta a gravame, e quindi passata in giudicato, qualora essa sia viziata da uno dei difetti specificati dalla legge (art. 494 CPC); e il giudizio a cui dà luogo non è una continuazione del processo nel quale fu pronunciata la sentenza impugnata, poiché qui non si tratta di rinnovare la decisione sulla esistenza della volontà di legge relativa al rapporto controverso, ma di giudicare per la prima volta se esista, come conseguenza di un vizio proprio della sentenza, il diritto dell'interessato a ottenere la revocazione del giudicato: si ha così un caso tipico di *iudicium rescindens* (art. 508 « sull'ammissione della domanda di revocazione »), che può esser seguìto,

---

(56) *Vizî della sentenza*, n. 16.

(57) Cfr. Pisanelli, *Comm.*, IV, nn. MCXCV e segg.; Mattirolo, *Trattato*, IV, cap. VI, artic. V; Mortara, *Comm.*, IV, tit. VI.

(58) Per l'interpretazione delle disposizioni relative a questo rimedio, che comprende in realtà due istituti ben diversi, cfr. Chiovenda, *Principii*, § 86; Mortara, *Comm.*, IV, nn. 336-350.

(59) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 1015.

(60) Pisanelli, *Comm.*, IV, tit. II; Mattirolo, *Trattato*, IV, cap. VI, art. IV (cfr. ivi nelle note la letteratura monografica sull'argomento); Mortara, *Comm.*, IV, tit. V.

ove il diritto all'invalidazione sia riconosciuto, da una nuova decisione dello stesso giudice sul rapporto controverso che formava oggetto della sentenza revocata (*iudicium rescissorium*: art. 508: « sul merito della controversia ») (61). Questo rimedio ha grande affinità con qualcuna delle azioni di impugnativa che possono esser esperimentate contro i negozî giuridici (62): ma ne differisce sia per le forme e termini di esercizio (art. 497 CPC), sia per le speciali regole di competenza (art. 498 CPC) che la *assimilano* a un mezzo di gravame (cfr. retro, n. 90 *c*).

È da notare però che, quantunque questo rimedio si svolga con forme identiche, qualunque sia, tra i cinque motivi contemplati dall'art. 494 CPC, quello che si adduce per chieder la revocazione, tuttavia esso comprende in sé la sostanza di tre istituti profondamente diversi, la cui fusione in un istituto apparentemente unico è uno dei fenomeni più evidenti della molteplicità dei fattori storici che hanno contribuito alla formazione del nostro sistema dei mezzi per impugnare le sentenze (63).

a) La revocazione basata su uno dei primi tre motivi contemplati dall'art. 494 CPC fa valere un diritto di impugnativa contro la sentenza contenente una falsa dichiarazione di legge, la cui ingiustizia non derivi da errore del giudice né da volontaria inerzia del soccombente nel provvedere alla sua difesa, ma da circostanze a lui estranee che lo hanno messo nel processo in condizioni di imparità di fronte all'avversario; in questi casi, ragioni di equità impongono di consentire la invalidazione della sentenza (s. *revocabile*: retro, n. 83, II *b*) che sarebbe secondo lo stretto diritto pienamente valida. Siamo qui dinanzi ad un'azione restitutoria, molto simile a quelle che per considerazioni analoghe le leggi sostanziali concedono contro un negozio giuridico viziato in qualcuno dei suoi elementi costitutivi: l'istituto deriva dunque

---

(61) La possibilità di una unione di questi due giudizî dinanzi allo stesso giudice, consentita dall'art. 508 CPC, non esclude che, anche quando siano materialmente riuniti, essi esistano concettualmente separati anche nel nostro diritto, contrariamente a quanto par che pensi il CASTELLARI, *Contrarietà*, n. 81.

(62) Cfr. questa affinità già messa in luce dal PISANELLI, *Relazione*, n. 359.

(63) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, § 85. Non mi pare che si possa ricondurre ciascuno dei cinque motivi di revocazione al concetto comune di errore di fatto, come fa il MATTIROLO, *Comm.*, IV, n. 873, e ultimamente il FORTI, *Rivocazione nei ricorsi amministrativi*, n. 1, pag. 7-14 dell'Estratto. I vizî contemplati nei nn. 1-3 dell'art. 494, sono infatti caratteristici non per essere errori di fatto (conseguenza di essi!), ma per essere violazioni del principio giuridico dell'*uguaglianza dei litiganti nel processo* (Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 133).

dalla *restitutio in integrum* del diritto romano (Vol, I, n. 4) passata nel nostro diritto attraverso il rimedio omonimo del diritto comune (Vol, I, n. 71) e attraverso la *requête civile* del diritto francese (Vol, I, n. 105 e n. 198).

b) La revocazione ex n. 4 dell'art. 494 CPC si basa su un *error in iudicando* in cui il giudice sia incorso nella risoluzione della questione di fatto: si tratta dunque di un vero difetto del giudizio logico e quindi dell'atto di volontà compiuto dal giudice, non di una inesatta espressione della volizione immune da errori, né di una volizione poco chiara o lacunosa: affinché si abbia l'errore di fatto che può dar luogo a revocazione occorre anzi che questo risulti in modo chiarissimo « dagli atti e documenti della causa », onde, o dal tenore stesso della sentenza, o dal paragone di questa col materiale istruttorio su cui essa si appoggia, emerga evidente che il giudice per un difetto di percezione (64) o di riflessione (65) abbia ritenuto che nelle risultanze istruttorie fosse contenuto un dato che in realtà non si trova; occorre inoltre che questo errore cada su un fatto che « non sia un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunciato » (art. 494), perché solo in questo caso è supponibile che il giudice stesso che ha errato sia disposto a riconoscer l'errore che ha commesso per inavvertenza e che avrebbe evitato se la sua attenzione fosse stata di proposito richiamata su quel punto.

È chiaro che questo motivo di revocazione non ha niente a che vedere coll'istituto della *restitutio in integrum*: esso ci deriva, al contrario, dalla *proposition d'erreur* dell'antico diritto francese (Vol. I, n. 104), che, anche dopo essere stata abolita in Francia (Vol. I, n. 107), si conservò nel diritto piemontese (Vol. I, n. 88), dal quale, nonostante la contraria proposta del PISANELLI (66), passò nel nostro Codice. Ma se la derivazione della *proposition d'erreur* non è dubbia, non si può d'altra parte negare che questa nostra revocazione, per errore indubitabile di fatto, si riannodi all'insegnamento della dottrina intermedia, la quale considerava come annullabile per *notoria iniustitia* la sentenza che contenesse nella motivazione una affermazione o una negazione di fatto contraddetta dagli atti del processo (Vol. I, n. 63), e a quegli istituti dei diritti stranieri contemporanei (es. CPO austriaco, § 504, n. 3:

---

(64) MORTARA, *Comm.*, IV, n. 322.

(65) CHIOVENDA, *Principii*, 1003.

(66) *Relazione*, n. 367. Sui Codici sardi del 1854 e 1859, vol. I, n. 265, 3 e 4; e MORTARA, *Comm.*, IV, n. 322.

Vol. I, n. 237) che consideravano la *Aktenwidrigkeit* della sentenza come uno speciale motivo di impugnativa (67).

Questo speciale caso di revocazione, che non si può confondere colla *restitutio in integrum*, e che d'altra parte non si può neppure considerare come un caso di vera *actio nullitatis*, perché il difetto che ne costituisce la causa non ha la natura di un *error in procedendo*, è uno dei più caratteristici esempî (retro, n. 83 *c*) di quella annullabilità per difetto di giudizio che talora le legislazioni ammettono come eccezione al principio secondo il quale la validità della sentenza passata in giudicato non dipende dalla sua giustizia. L'*error in iudicando*, che qui dà luogo alla invalidazione della sentenza, sarebbe uno di quei vizî che di solito il processo usa correggere preventivamente, attraverso il mezzo di gravame, prima che la pronuncia acquisti l'autorità della cosa giudicata; ma qui, data la sua evidenza e quindi la sua eccezionale gravità, la legge dispone che esso sia assimilato ad un motivo di annullabilità del giudicato, e che dia luogo, pertanto, a una speciale azione di impugnativa. Questo mio modo di vedere non risponde all'insegnamento del Chiovenda (68), il quale, ritenendo che la controversia di merito non possa dirsi chiusa finché è ammissibile il ricorso per cassazione, e che sempre in un termine minore a quello dato per esperimentare questo ricorso deve essere anche (art. 497 CPC) esperimantata la revocazione ex n. 4, art. 494, scrive che in questo caso la revocazione è « un vero e proprio mezzo di impugnativa, appunto perché, nonostante la sua natura eccezionale, appartiene a un rapporto non ancora chiuso » (69). Ma a questo dissenso mi porta il considerare che, mentre non mi pare che il giudizio di cassazione (*iudicium rescindens*) possa raffigurarsi come una continuazione del processo di merito la quale autorizzi a considerare questo come non ancor chiuso (oltre, n. 98), neppure a mio modesto avviso dà luogo a riapertura del rapporto processuale di merito il giudizio che si svolge sulla esistenza dell'errore di fatto motivante la revocazione, poiché, sia pure che qui si riesamini se è intervenuto un errore nella decisione del merito, questo riesame viene però condotto al solo scopo di decidere se esiste un diritto di impugnativa, ben diverso da quel diritto sostanziale che ha formato oggetto della sentenza impugnata.

Mi pare, in conclusione, di poter ritenere che la revocazione,

---

(67) Wetzell, *System*, § 52, nota 5; Pollak, *System*, II, § 107, n. 4.

(68) Chiovenda, *Principii*, § 85.

(69) *Ibidem*, pag. 999.

anche quando si eserciti ex n. 4 dell'art. 494, sia una vera e propria azione di impugnativa contro il giudicato, concessa eccezionalmente (come la *actio nullitatis* per *notoria iniustitia*: vol. I, n. 67) per uno di quei difetti che normalmente vengono corretti prima del passaggio in giudicato attraverso i mezzi di gravame.

c) Una vera *actio nullitatis sanabilis* è poi, non solo per la forma, ma anche per la sostanza del motivo che ad essa dà luogo, la revocazione ex n. 5 dell'art. 494. Sappiamo che nel diritto romano era considerata come giuridicamente inesistente la sentenza data *contra res prius iudicatas* (vol. I, n. 7) (70), e che nello stesso difetto il diritto comune vide, sia pure con non corrette giustificazioni, un motivo di annullabilità del giudicato (vol. I, nn. 60 e 65). Anche nel nostro diritto la sentenza data contro « ad altra sentenza precedentemente passata in giudicato » è annullabile, per il solo *fatto* che il giudice ha ecceduto dai suoi poteri decidendo una seconda volta su un rapporto già incontrovertibilmente deciso (71): e, ove questo vizio sia riconosciuto esistente nel *iudicium rescindens* che ha luogo dinanzi al giudice di revocazione, la sentenza affetta da questo *error in procedendo* (retro, n. 79, I, 1: cfr. però n. 80, 6) viene senz'altro annullata, senza possibilità di un susseguente *iudicium rescissorium*. La distinzione, non ignota al diritto comune (72) che fa il nostro CPC, tra il caso in cui l'eccesso di potere sia commesso dal giudice ignaro del precedente giudicato (art. 494, n. 5, « ... purché non abbia pronunciato anche sull'eccezione di cosa giudicata ») e quello in cui sia stato consapevolmente commesso dal giudice al quale la parte ne aveva fatto rilevare l'esistenza (art. 517, n. 8, « ... sempre che abbia pronunciato sull'eccezione di cosa giudicata »), non ha nessuna relazione colla natura del vizio che nei due casi dà ugualmente luogo all'annullamento della sentenza: nell'un caso e nell'altro, infatti, si tratta di un vizio di attività identico (al quale nel secondo caso si aggiunge un vizio di giudizio del giudice sull'attività propria: retro, n. 80, 4); la distinzione, invece, è fatta unicamente agli effetti di stabilire qual giudice è praticamente opportuno che decida sull'azione di impugnativa, dato che sarebbe inutile adire il giudice *a quo* per chie-

---

(70) Cfr. anche CASTELLARI, *Contrarietà*, n. 2.

(71) Che la pronuncia di una nuova sentenza in un rapporto già incontrovertibilmente deciso da un precedente giudicato sia un caso di eccesso di potere, è insegnato da CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1034, e a questo concetto accedono ora CARNELUTTI, in « R. d. co. », 1917, II, 431 e ROCCO (U.), *Cosa giudicata*, pag. 426: cfr. nota 73, nella pagina seguente.

(72) CASTELLARI, *Contrarietà*, n. 23.

dergli di annullare la sentenza per un motivo contro il quale egli si è già pronunciato nel giudizio di merito: onde la stessa azione di impugnativa prende nel primo caso la forma di una *actio nullitatis* dinanzi allo stesso giudice (revocazione ex n. 5, art. 494) e nel secondo caso la forma di una *querela nullitatis* dinanzi al giudice superiore (ricorso per cassazione ex n. 8, art. 517 CPC) (73).

---

(73) È implicito il rigetto dell'opinione (codificata nel Pr. GALLO [vol. I, n. 271 *t*], art. 61, n. 4°), che vorrebbe ridurre il motivo contemplato nel n. 8 dell'art. 517 alla erronea interpretazione del concetto giuridico di cosa giudicata, qual'è contenuto nell'art. 1351 CC (contro tale opinione: CHIOVENDA, *Principii*, § 87, II B, *e*; MORTARA, *Comm.*, IV, 360; CASTELLARI, *Contrarietà*, n. 47; CARNELUTTI, in « R. d. co. », 1917, II, 431: arg. anche ex *Relazione* PISANELLI, nn. 362-363). Anche nel diritto francese la violazione della cosa giudicata è ora motivo di revocazione, ora di cassazione (vol. I, n. 198), ma il criterio di distinzione è, almeno nell'origine storica, diverso da quello che vige nel nostro diritto (cfr. art. 480, n. 6, e art. 504 *CPC;* JAPIOT, *Traité* n. 1127; CASTELLARI, *Contrarietà*, nn. 41 e 52).

Il Rocco (U.), *Cosa giudicata,* vede nell'art. 517, n. 8 CPC, il quale esclude che la violazione della cosa giudicata possa esser motivo di cassazione quando la cosidetta eccezione di c. g. non è stata sollevata nel giudizio di merito, un serio ostacolo al concetto *assoluto,* che egli propugna, della cosa giudicata (cfr. CHIOVENDA, *Principii*, § 78, III; LESSONA, in MATTIROLO, *Trattato*, V (5ª ed.), n. 35 *bis*, ove riporta la nota già pubblicata in « F. it. », 1904, I, 351); secondo il R., la disposizione stessa si fonda su un concetto « errato » (pag. 427), poiché, dato il carattere assoluto del principio *ne bis de eadem re,* dovrebbe l'organo di cassazione poter sempre cassare *anche d'ufficio,* la sentenza emessa in trasgressione del principio stesso. Non sono d'accordo coll'egregio A.: 1° Perché ritengo che, anche se non ci fosse il n. 8 dell'art. 517, la Corte di cassazione non potrebbe mai elevare *d'ufficio* la cosidetta eccezione di cosa giudicata di fronte alla sentenza di merito, ove pure si ammettesse il concetto assoluto di cosa giudicata: infatti nessun vizio relativo al rapporto processuale di merito può essere, a mio parere, rilevato d'ufficio dal giudice di cassazione, per le ragioni esposte oltre, nella nota ultima al n. 100, mentre il carattere assoluto della cosidetta eccezione di cosa giudicata potrebbe soltanto importare il dovere e il potere nella Corte di cassazione di rilevare d'ufficio, se pure è dato imaginarne la pratica possibilità, la cosa giudicata relativa all'azione di impugnativa ch'essa è chiamata a conoscere. 2° Perché, anche escludendo che la Corte di cass. possa rilevare d'ufficio la cosa giudicata attinente al merito, il carattere assoluto della cosa giudicata non mi sembra escluso dal fatto che alla parte è vietato di far valere l'eccezione di cosa giudicata per la prima volta in sede di cassazione: tale divieto, infatti, non deriva da un riconoscimento del carattere relativo della c. g. (come l'analogo divieto di eccepire per la prima volta in sede di cassazione la incompetenza territoriale), ma dal fatto che esiste già nel n. 5 dell'art. 494 un apposito rimedio processuale per far valere la cosa giudicata non eccepita dinanzi ai giudici di merito, onde sarebbe inutile cumulare due rimedî per lo stesso vizio. Il n. 5 dell'art. 494 è anzi una riprova del carattere assoluto della cosa giudicata, poiché, anche se la parte non si è valsa nel giudizio di merito del suo diritto di rilevare la violazione della cosa giudicata, non per questo si sana

La differenza sostanziale che passa fra i tre tipi di revocazione sopra distinti (*sub litt. a, b, c*), ha delle ripercussioni anche sulle disposizioni relative alla revocazione delle sentenze di prima istanza e di quelle contumaciali di seconda istanza, nonché alla decorrenza del termine entro il quale questa azione di impugnativa può essere esperimentata (art. 495 e 497 CPC) (74).

3] *Ricorso per cassazione* (art. 517-552 CPC). — La storia e le legislazioni comparate ci offrono, di fronte a un gruppo di azioni di impugnativa contro il giudicato che si portano dinanzi allo stesso giudice che ha emanato la sentenza impugnata (*actio nullitatis*: vol. I, n. 58; *requête civile*: vol. I, n. 105; *Nichtigkeitsklage*: vol. I, n. 204) un gruppo di azioni di impugnativa che devono esser portate, con forma simile a quella di un mezzo di gravame, al giudice superiore (*querela nullitatis* del diritto statutario: vol. I, n. 68): mentre la revocazione, come si è veduto, appartiene al primo gruppo, al secondo gruppo appartiene il ricorso per cassazione. La storia e le legislazioni comparate ci presentano altresì esempi di *iudicium rescindens* e *iudicium rescissorium* giustapposti dinanzi allo stesso giudice (per esempio, *Nichtigkeitsbeschwerde* prussiana: vol. I, n. 209), ovvero separati dinanzi a giudici diversi (*querela nullitatis*: vol. I, n. 68); al primo sistema appartiene la revocazione, mentre il ricorso per cassazione appartiene al secondo.

Il ricorso per cassazione è dunque, come la revocazione, un'azione di impugnativa che mira in un primo tempo a ottenere l'annullamento della sentenza impugnata, e in secondo tempo a ottenere una nuova decisione sul merito della controversia; ma ne differisce

---

colla sentenza il difetto, il quale sopravvive al giudicato come motivo di annullabilità del medesimo, il che non accadrebbe se la c. g. avesse carattere relativo. Perché poi lo stesso vizio possa farsi valere per via di revocazione dinanzi allo stesso giudice o per via di cassazione dinanzi al giudice superiore secondoché non fu eccepito o fu eccepito nel giudizio di merito, è spiegato dalla *Rel.* PISANELLI, nn. 362-363 e 391. Cfr. LESSONA in MATTIROLO, V, n. 35 *bis*, il quale nota che « la revocazione, come presidio dell'autorità della cosa giudicata, dimostra il suo carattere pubblico. Se non vi fosse un interesse pubblico da tutelare, la revocazione sarebbe assurda »; e GATTI, *Autorità del giudicato civile*, n. 183.

(74) Se bene intendo, al CARNELUTTI, quando, a proposito della revocazione ex n. 5 dell'art. 494, scrive (pag. 436 della « R. d. co. », 1917, II) che « la gelosia dell'autorità del giudicato nel nostro diritto positivo è tale da aver fatto concedere perfino *in qualunque momento*, ad evitare lo sconcio di due giudicati contradittorî, quando sull'eccezione di cosa giudicata la seconda sentenza non abbia versato, *senza limite di tempo*, il rimedio della revocazione » sono sfuggiti gli art. 495 e 497 CPC. Cfr. critiche all'art. 495 in CASTELLARI, *Contrarietà*, nn. 74 e segg.

in quanto, mentre per la revocazione così il rescindente come il rescissorio si svolgono dinanzi allo stesso giudice *a quo*, possibilmente in uno stesso giudizio, per il ricorso in cassazione il rescindente si svolge sempre dinanzi a un giudice superiore a quello che ha pronunciato la sentenza impugnata (Corte di cassazione), e il rescissorio, ove sia possibile, si svolge, di solito, dinanzi a un'autorità giudiziaria uguale in grado, ma diversa, da quella che pronunciò la sentenza impugnata.

Ma più che dalla sua struttura processuale il ricorso per cassazione è caratterizzato dai motivi sui quali esso si fonda; e poiché questi possono dividersi in due gruppi — *errores in procedendo* ed *errores in iudicando* — esso viene in realtà a scindersi in due istituti profondamente diversi, sui quali separatamente mi intratterrò nei Capitoli seguenti.

96. — Nel primo volume, analizzando i caratteri della *querela nullitatis* ebbi occasione di accennare in qual senso poteva dirsi che questa avesse il carattere di un rimedio « estremo »; ed osservai come a questa espressione potessero esser dati due diversi significati, uno positivo (rimedio che *si può* esperimentare anche quando gli altri rimedî non sono più ammessi) ed uno negativo (rimedio che *non si può* esperimentare finché sia aperto qualcuno degli altri mezzi di impugnativa) (vol. I, n. 73).

Il carattere di rimedio estremo, assai meglio che nella antica *querela nullitatis* si trova nel ricorso per cassazione, il quale, data la sua inscindibile connessione con un organo giudiziario che sta (o dovrebbe stare) al vertice di tutta la gerarchia dei tribunali, appare come naturalmente destinato, non solo per i motivi sui quali esso può fondarsi, ma anche per la collocazione che ha nell'ordinamento giudiziario la Corte di cassazione, ad essere esperimentato quando la causa abbia già percorso i gradi inferiori di giurisdizione.

Se si pone a paragone il ricorso per cassazione coi mezzi di impugnativa ordinarî (retro, n. 94), vediamo che esso è di fronte ad essi un rimedio estremo nel senso negativo, poiché non può essere esperimentato finché sia ammissibile l'appello (art. 517 CPC, « la sentenza pronunciata *in grado d'appello...* ») o la opposizione contumaciale (art. 517, cpv. ultimo; art. 518, cpv. 2°, CPC) (75);

(75) Vi può essere, però, concorrenza tra il ricorso per cassazione e la opposizione contumaciale, quando, scaduto il termine per l'opposizione ex articolo 476, e iniziato il decorso del termine per il ricorso ex art. 518, cpv. 2°, sia sempre possibile una opposizione ex art. 477 CPC. Cfr. MORTARA, *Comm.*, IV, 363.

non altrettanto può dirsi in senso positivo, poiché non è sempre vero (e vedremo nella Parte speciale i dibattiti che continuano a svolgersi nella nostra dottrina sull'ammissibilità del ricorso in cassazione contro le sentenze di primo grado per legge inappellabili) che il ricorso per cassazione sia esperimentabile anche quando sono proibiti i mezzi di impugnativa ordinarî (diversamente nel diritto comune per la *nullitatis dictio*: cfr. vol. I, n. 73).

Il carattere di rimedio estremo che il ricorso per cassazione ha, sia pure con qualche eccezione, di fronte ai mezzi ordinarî, si manifesta in modo meno deciso di fronte ai rimedî straordinarî: e di ciò facilmente si intende la ragione, quando si consideri che ciascuno dei rimedi straordinarî ha una sua propria funzione e tende a far valere determinati vizî, onde non può sempre l'esperibilità di uno essere condizionata al mancato esperimento dell'altro, o l'effettivo esercizio di uno aver sempre come conseguenza la preclusione degli altri. Si deve pertanto osservare (pur riservandoci di meglio approfondire dal punto di vista esegetico questo argomento nella Parte speciale) che il ricorso per cassazione *contro la sentenza di merito* non ha carattere di rimedio estremo in nessuno dei due sensi in cui questa espressione può essere presa, nè di fronte alla opposizione del terzo (esperimentabile senza limiti di tempo nel caso dell'art. 510 CPC, e in un termine il cui inizio di decorrenza dipende da un evento estraneo al processo nel caso dell'art. 512 CPC), né di fronte alla revocazione in base ai primi tre numeri dell'art. 494, il cui termine d'esercizio può cominciare a decorrere anche molto tempo dopo la preclusione del termine per ricorrere in cassazione (art. 497 cpv.): il che, si intende, non esclude che *contro la nuova sentenza* pronunciata sulla opposizione di terzo o sull'azione in revocazione quando già era precluso il termine per ricorrere in cassazione contro la sentenza di merito, sia *ex novo* proponibile il ricorso per cassazione (76); nel caso di revocazione basata sui nn. 4 e 5 dello stesso art. 494 CPC, invece, poiché il termine per esercitarla comincia a decorrere nello stesso momento in cui comincia a decorrere il termine per ricorrere in cassazione, mentre questo ha durata maggiore di quello (art. 497 e 518 CPC), il ricorso per cassazione resta aperto anche quando il termine per agire in revocazione è ormai precluso (77).

---

(76) Per la revocazione, cfr. art. 509, cpv. 1°; per la opposizione di terzo, cfr. MATTIROLO, *Trattato*, IV, 989.

(77) Sulla concorrenza del ricorso per cassazione colla revocazione, cfr. MORTARA, *Comm.*, IV, 313.

Il carattere di rimedio estremo che il ricorso per cassazione possiede, nei limiti sopra accennati, di fronte agli altri mezzi di impugnativa esperimentabili contro la sentenza di merito, non deve andar confuso col principio — derivante non dalla natura del ricorso per cassazione come istituto processuale, ma dalla speciale posizione della Corte di cassazione nell'ordinamento giudiziario — della esclusione di qualunque mezzo di impugnativa, ordinario o straordinario, contro le decisioni emanate dalla Corte che giudica sul ricorso: tale principio, espressamente formulato dall'art. 549 CPC, il quale stabilisce che « le sentenze della Corte di cassazione non sono soggette né a opposizione (sotto questa espressione deve intendersi compresa così la opposizione contumaciale, come quella di terzo) (78), né a revocazione » (79), non esclude che le stesse sentenze siano soggette a correzione (retro, n. 91 *b*) (80), né che, ov'esse siano eventualmente affette da tali vizi che ne producano l'inesistenza giuridica o la nullità assoluta (retro, n. 82), sia possibile contro di esse (nei modi e nelle forme che esaminerò nella Parte speciale) l'esperimento di una semplice azione di accertamento negativo (81); il principio stesso poi — è inutile dirlo — non ha niente a che vedere coi mezzi di impugnativa eventualmente esperimentabili contro la nuova sentenza di merito cui può dar luogo nel giudizio di rinvio (*iudicium rescissorium*) l'accoglimento del ricorso per cassazione.

97. — Dalle osservazioni fatte in questo e nel precedente Capitolo, le quali, anche se talvolta mi hanno fatto risalire ad argomenti un po' distanti dal tema immediato, hanno però sempre avuto lo scopo di inquadrare il ricorso per cassazione nel sistema dei mezzi di impugnativa e di meglio scorgerne, rappresentandolo da una certa distanza, le relazioni cogli istituti affini, mi pare che risultino chiari i caratteri per i quali questo istituto è costruito nel nostro diritto come una azione di impugnativa, non come un mezzo di gravame.

Questi caratteri positivi bisogna aver sempre presenti, quando si voglia intender chiaramente qual'è il significato della qualifica di rimedio *straordinario* che la nostra legge dà al ricorso per cassazione, e qual'è il peso da darsi alle critiche che, con speciale

---

(78) MORTARA, *Comm.*, IV, n. 190, e n. 345.

(79) ID., *Comm.*, IV, 313, con fondata critica.

(80) ID., IV, n. 55, pag. 102, nota.

(81) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1060, nota 2; MORTARA, *Comm.*, IV, 400 e segg.; e in *Studii in onore di* C. FADDA, vol. I, pag. 201; MATTIROLO, *Trattato*, IV, nn. 1197-1202.

riguardo agli inconvenienti pratici prodotti da questa qualifica attribuita al ricorso per cassazione, sono state da autorevolissimi scrittori indirizzate contro il criterio di distinzione, adottato dal CPC, fra mezzi ordinarî e mezzi straordinarî per impugnare le sentenze (retro, n. 93).

Tali critiche e tali inconvenienti sono sembrati anche al nostro legislatore di tanta gravità, che per poco essi non hanno portato qualche anno fa col progetto ORLANDO alla abolizione di ogni distinzione fra mezzi ordinarî e mezzi straordinarî (82): giova riassumere le argomentazioni colle quali la Relazione premessa al progetto giustificava la proposta abolizione, per vedere se esse vengono a distruggere quei caratteri per i quali nel nostro diritto il ricorso per cassazione non risponde per la sua struttura al concetto di *mezzo di gravame* che, secondo me, è sinonimo di mezzo di impugnativa *ordinario*.

1) La Relazione osserva anzitutto che « la esistenza in Italia di cinque Corti al servizio di questa suprema funzione giurisdizionale, attesta la *grandissima frequenza del suo uso*, confermata dalle statistiche, e quindi l'ironia, quasi direi, della qualificazione di rimedio straordinario ». Si potrebbe osservare che, appunto per questa grandissima frequenza del suo uso, che costituisce in realtà un abuso e una degenerazione dell'istituto (oltre, n. 122), sembrerebbe opportuno riformare il nostro diritto positivo nel senso di restringere l'uso del ricorso per cassazione nei limiti corrispondenti al suo scopo peculiare, non già, se non si vuole addirittura abolirlo, sanzionare per legge le sue deviazioni pratiche. Ma si può, qui, limitarsi ad obiettare che la distinzione tra mezzi ordinarî e mezzi straordinarî non si basa, nonostante l'equivoco al quale si prestano queste espressioni, su considerazioni statistiche di maggiore o minor frequenza d'uso (83), ma su profonde diversità di concetto che potrebbero essere assai meglio espresse da qualifiche più adeguate allo scopo di quelle usate dalla nostra legge (retro, n. 93).

---

(82) Progetto ORLANDO, 16 marzo 1908 e 24 maggio 1909, vol. I, n. 271 *u*. La *Relazione*, pag. 10 (Cam. Dep., Legisl. XXIII, Sess. 1909-13, n. 147), dichiara esplicitamente che tale abolizione « mira precipuamente a correggere gli inconvenienti che derivano al ricorso per cassazione dalla qualifica, che gli dà ora la legge, di mezzo straordinario ». Anche ASCOLI-CAMMEO, nota *b*, a pag. 450 della Trad. del CROME, *Parte generale del dir. francese*, scrivono che « il ricorso in cassazione, ammesso contro tutte le sentenze e non per circostanze eccezionali, dovrebbe essere reputato, siccome è in realtà, un rimedio ordinario ». Cfr. CAMMEO, *Lez. priv. civ.*, pag. 155.

(83) Cfr. anche D'AMELIO, in « R. d. co. », 1908, I, 387.

2) La Relazione continua osservando che la qualifica di rimedio straordinario data al ricorso per cassazione « è sostanzialmente un anacronismo », poiché, se essa era giustificata quando l'organo di cassazione era « un organo estraneo alla gerarchia giurisdizionale » (vol. I, cap. 177), non è giustificabile fra noi ove non ebbe luogo neppure il tentativo di costituire la Corte di cassazione « altrimenti che in seno alla magistratura ». L'osservazione storica è giusta; ma perché essa fosse persuasiva bisognerebbe dimostrare che il nostro CPC, quando classifica il ricorso per cassazione tra i mezzi *straordinarî*, abbia avuto presente il suo particolare carattere politico, o non piuttosto quella sua peculiare struttura processuale che lo fa essere un'azione di impugnativa, come, pur non rispondendo a nessuna speciale destinazione politica, sono azioni di impugnativa (ossia mezzi *straordinarî*) la opposizione del terzo e la revocazione.

3) La Relazione termina considerando che, se anche il ricorso per cassazione ha qualche carattere speciale « nelle forme processuali e nell'estensione dell'esercizio della difesa giudiziaria », esso però non ha « una singolarità di natura che consenta la ripetizione, oggi assolutamente impropria e inopportuna, dell'antico detto che la Corte di cassazione giudica *de iure constitutionis* non *de iure litigatoris* ». Si potrebbe rispondere che, se sarebbe oggi impropria la ripetizione di quel detto nel senso che ad esso si usava dare nei primordi dell'istituto, tuttavia sembra che anche oggi la esistenza del ricorso per cassazione sia giustificabile soltanto quando si scorga in esso uno strumento di quell'interesse pubblico all'esatta osservanza della legge che a suo tempo ho lungamente analizzato (retro, Capo I); ma ci si può limitare, anche qui, a ripetere quanto si è osservato a proposito dell'argomento precedente: che, cioè, la qualifica di straordinario dato al ricorso per cassazione non è una conseguenza necessaria del suo carattere originario di rimedio posto a difesa della legge nel suo significato astratto, altrimenti non si comprenderebbe come questa stessa denominazione possa essere adoperata dalla legge anche per altri mezzi che non hanno mai avuto scopo diverso da quello dell'attuazione delle volontà di legge in concreto.

Dalle suespresse considerazioni mi sembra che risulti chiaro il mio punto di vista: io ritengo, cioè che la qualifica di *straordinario* data al ricorso per cassazione esprima qualcosa di più profondo e di più sostanziale che non una sopravvivenza storica ormai superata dalla trasformazione pratica dell'istituto, o un richiamo empirico alla scarsa frequenza che nella mente del legislatore avrebbe dovuto distinguere l'esercizio di questo rimedio; secondo

me la qualifica non è che un modo, più o meno felice, di esprimere qual'è la struttura processuale del ricorso che si desume dalle norme del nostro diritto positivo: e mi sembra che sia un modo d'argomentare un po' superficiale quello usato dalla Relazione ORLANDO, la quale sembrava ritenere che il carattere di straordinarietà del ricorso per cassazione sarebbe sparito d'incanto sol che si fosse cancellata dal Codice questa denominazione e attribuita al giudice d'appello la facoltà di ordinare che l'esecuzione della sua sentenza restasse sospesa durante il termine per ricorrere o durante il giudizio sul ricorso per cassazione (art. 14) (84). In realtà, anche dopo questa riforma, il ricorso per cassazione avrebbe conservato tutti i caratteri per i quali nel nostro diritto esso è un'azione di impugnativa e non un mezzo di gravame (retro, n. 95, 3): e anche se quella riforma fosse stata accolta, la distinzione tra mezzi ordinarî e mezzi straordinarî, cacciata dalla porta, avrebbe dovuto tornare, sia pur con altra terminologia, dalla finestra, perché ogni tentativo di analizzare la struttura dei mezzi di impugnativa avrebbe portato a concludere che il ricorso per cassazione, quale è nel nostro processo, non si basa sul diritto a ottenere una nuova istanza (mezzo di gravame), ma sul diritto a ottenere l'annullamento di una sentenza per determinati vizi ad essa inerenti (azione di impugnativa).

Con questo io non affronto la questione della opportunità di trasformare il ricorso per cassazione da azione di impugnativa in vero mezzo di gravame: Maestri insigni l'hanno affermata (85) e non è questa la sede per contrapporre al loro insegnamento qualche modesta osservazione che potrebbe condurre, *in iure condendo*, a dubitare (oltre, n. 136); dico soltanto che, se questa opportunità è riconosciuta, non basta appagarsi, secondo un comodo sistema, che purtroppo in Italia viene spesso applicato non solo nel campo

---

(84) Effetto sospensivo era riconosciuto al ricorso in cassazione anche da progetti che ne alteravano il carattere di rimedio straordinario: cfr. Progetto DE FALCO, 1° febbr. 1872, art. 15; VIGLIANI, 11 febbr. 1875, art. 9; TAIANI (modificato dall'uff. centrale), art. 8. Anche la recentissima *Proposta di riforma del procedimento civile* presentata dal prof. GIUSEPPE CHIOVENDA alla Commissione per il dopoguerra, Sezione VIII, Gruppo per gli studî processuali, (stampata in Roma, 1919) ha un articolo (189) secondo il quale il ricorso per cassazione non sospende l'esecuzione della sentenza impugnata, ma tuttavia la sospensione può essere ordinata dall'autorità di secondo grado, o dalla stessa Cassazione, su domanda della parte interessata.

(85) MORTARA, *Comm.*, IV, n. 114; *Appello civile*, n. 285; CHIOVENDA, in *Nuovi Saggi*, pag. 145.

giudiziario, di mutare i nomi lasciando immutate le cose, e che bisogna riformare dalle fondamenta tutto l'istituto, per far sì che il giudizio di cassazione, da un *iudicium rescindens* limitato ai motivi di impugnativa fatti valere dal ricorrente, diventi una terza fase normale del processo, prima della quale non possa chiudersi la decisione delle questioni di diritto, una *revisio in iure* nella quale il giudice possa anche d'ufficio riesaminare tutti i punti giuridici in ossequio al principio *Iura novit curia.* Si cita, per dimostrare la sconvenienza di qualificare come straordinario il ricorso per cassazione, l'esempio delle legislazioni straniere, specialmente di quelle germanica ed austriaca, nelle quali il rimedio della *Revision*, analogo alla nostra Cassazione, ha la struttura di un vero e proprio (sia pur solamente *parziale*; retro, n. 86) mezzo di gravame; ma si dimentica che appunto la principale, per non dire l'unica (cfr: Vol. I, n. 222) differenza che passa tra il nostro ricorso per cassazione e il rimedio derivatone nelle moderne legislazioni tedesche è proprio questa: che in esse è stato costruito come un mezzo di gravame, cioè come un mezzo per provocare una normale terza istanza *in iure* prima che si formi il giudicato, quello che nel nostro diritto è un'azione di impugnativa, diretta a ottenere, per dei vizî che dovrebbero rappresentare una eccezione, l'annullamento del giudicato già formato. Si provveda dunque, se proprio si ritiene necessario, a trasformare il ricorso per cassazione da azione di impugnativa in mezzo di gravame, sulle traccie della Germania e dell'Austria; ma non si affermi che, poiché la *Revision* dei tedeschi è un mezzo di gravame, sia già anche in Italia un mezzo di gravame, *in iure condito,* il ricorso per cassazione!

Per considerazioni analoghe a quelle finora esposte mi lascia nel dubbio, nonostante la insuperata autorità che specialmente in questo argomento ha l'illustre Scrittore, l'insegnamento del Mortara (86) che il giudizio di cassazione debba considerarsi, già nel diritto attuale, come un terzo grado normale di giurisdizione. Che la Corte di cassazione non possa ormai più considerarsi come un organo non appartenente all'ordine giudiziario, è fuor di dubbio, non solo da noi (Vol. I, n. 273) ma anche in Francia (Vol. I, n. 191); che la funzione esercitata dalla Corte di cassazione sia schiettamente giurisdizionale, in quanto essa giudica sulla esistenza di concrete volontà di legge che garantiscono ai privati un bene (annullamento di una sentenza sfavorevole), è anche questo innegabile (retro, n. 77); anche non si può negare che di solito il

(86) *Comm.*, II, nn. 17 e segg.

ricorrente mira, attraverso il giudizio di cassazione (*i. rescindens*), a ottenere una nuova trattazione della causa di merito in sede di rinvio (*i. rescissorium*). Ma più in là non vedo che si possa andare; poiché, a mio modesto avviso, mi sembra che per qualificare il giudizio di cassazione come una terza istanza *in iure*, dando alla parola istanza lo stesso significato che le si attribuisce quando si dice che a una seconda istanza dà luogo l'appello (retro, n. 85), bisognerebbe dimostrare che la nostra legge abbia considerato il giudizio di cassazione come una terza fase normale di un *unico* processo, ed abbia pertanto condizionato il formarsi della cosa giudicata all'esperimento di questo terzo grado di giudizio, oggetto del quale debba essere sia pure nei limiti della *quaestio iuris*, la stessa azione sulla quale si è trattato nei due gradi precedenti; che se, al contrario, si debba riconoscere che al giudizio della cassazione non è subordinato il formarsi della cosa giudicata, e che questo giudizio verte su un'azione assolutamente diversa da quella fatta valere nel giudizio di merito, par naturale concludere che il principio francese del doppio grado è stato rispettato anche dal nostro ordinamento e che il sistema della terza istanza *in iure*, accolto dalla Germania e dall'Austria, non è stato finora introdotto nel diritto italiano. Del resto, anche qui, è questione di intendersi sul preciso significato da dare alle parole: se si tien conto della intenzione dei litiganti, dai quali ormai il ricorso per cassazione è considerato come una specie di secondo appello, e se ci si ferma alla costruzione esteriore della nostra gerarchia giudiziaria, nella quale le Corti di cassazione costituiscono, per dir così, una stratificazione di organi giudiziarî sovrapposta a quella delle Corti d'appello, si può dire che il giudizio di cassazione costituisce un terzo grado, cui le parti, dopo aver fatto decidere nei due gradi inferiori la questione di merito, salgono per far decidere una questione diversa, dalla quale dipende però la possibilità di una nuova trattazione della stessa questione di merito; se poi alla parola *istanza* o *grado* si dà il significato tecnico che altrove ho precisato (retro, n. 85), si deve risolutamente negare che il giudizio di cassazione possa essere in quel senso definito come una terza istanza, poiché la nostra legge considera come normalmente esaurita in due gradi la trattazione della controversia di merito. Avere idee chiare su questo punto non è, del resto, privo di importanza pratica: poiché dal decidere se il giudizio di cassazione costituisca o non costituisca un terzo grado della controversia di merito, può dipendere, come meglio vedremo nella Parte speciale, la risoluzione di dibattute questioni pratiche, come quella relativa alla proponibilità del ricorso per cassazione contro

le sentenze di primo grado per legge inappellabili (87) o quella relativa alla rilevabilità d'ufficio da parte del giudice di cassazione di vizî non denunciati dal ricorrente (88).

98. — Si intende, da quanto finora si è detto, qual'è la soluzione che, ove si accetti il mio modo di concepire il sistema dei mezzi di impugnativa nel nostro diritto, deve esser data a una vecchia questione, lungamente dibattuta dalla nostra dottrina; alla questione, cioè, relativa a quale sia nel nostro processo il momento in cui si può dire che la sentenza sia « passata in giudicato »; alimentata dalla necessità pratica di dare un significato preciso e costante a questa espressione che la nostra legge adopra senza definirla (89), la disputa — attraverso uno scambio di sottili argomentazioni storiche ed esegetiche, che è inutile riportare qui, dove accenno all'argomento solo per richiamare un corollario dei principii suesposti e che, del resto, non portano a conclusioni certe (90) — si impernia intorno a tre tendenze: tra due opinioni estreme, una giurisprudenziale, secondo la quale la sentenza può dirsi passata in giudicato solo quando non sia più soggetta ad alcun mezzo di impugnativa, né ordinario né straordinario (91), ed una prevalente nella dottrina, secondo la quale il passaggio in giudicato si verifica colla preclusione dei mezzi di impugnativa ordinarî (92), vi ha un gruppo di opinioni intermedie, che considerano passata in giudicato la sentenza non più soggetta né ai mezzi ordinarî né al ricorso per cassazione (93), ovvero, accogliendo un concetto di mezzo

---

(87) Cfr. i termini di questa disputa in CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1021; MORTARA, *Comm.*, II, 18 e segg.; MATTIROLO, *Trattato*, IV, nn. 1017 e segg.; la disputa era troncata dall'art. 16 del Progetto ORLANDO, che ammetteva il ricorso solo contro le sentenze pronunciate « in grado d'appello ».

(88) Per gli *errores in iudicando*, retro, n. 75; per gli *errores in procedendo*, oltre, n. 100, in nota.

(89) Cfr. gli art. in cui essa è adoprata in CHIOVENDA, *Principii*, pag. 948; giustamente il DE PALO, in « R. d. co. », 1909, I, 696, rimproverava al Progetto ORLANDO di non aver troncato la disputa con una apposita disposizione.

(90) ASCOLI-CAMMEO, in CROME, nota *b* a pag. 450: « Non vi è nella nostra legge alcun appiglio per considerare passate in giudicato le sentenze contro le quali non sia più proponibile né appello, né opposizione contumaciale, né ricorso in cassazione come sarebbe razionale ».

(91) Cfr. citazioni in CASTELLARI, *Contrarietà*, n. 48 e note; GATTI, *Autorità del giudicato civile*, nn. 38-46.

(92) Opinione di MATTIROLO, *Trattato*, IV, nn. 1161 e segg., seguìta anche da CASTELLARI cit., n. 49. Cfr. citazioni in TUOZZI, *Cosa giudicata*, n. 45, pag. 56.

(93) LESSONA, *Manuale*, n. 274; in base a questa opinione il L. distingue i mezzi di impugnativa in « mezzi per impugnare le sentenze semplici » (opp.

ordinario non nuovo nella dottrina tedesca (94), la sentenza non più soggetta ai mezzi ordinarî né a quelli tra i mezzi straordinarî che possono essere esperimentati in un termine breve che comincia a decorrere da un momento certo (ricorso per cassazione, revocazione ex art. 494, n. 4 e 5) (95).

Non credo che mi sia necessario ripetere qui le ragioni, derivanti dal significato che attribuisco alla contrapposizione fra mezzi ordinarî e mezzi straordinarî di impugnativa (retro, n. 92), per le quali, se debbo senz'altro scartare la prima opinione, non posso neppure accedere alla opinione intermedia: secondo me, infatti anche nel nostro diritto sussiste tra mezzi ordinarî e mezzi straordinarî di impugnativa quella diversità essenziale che la dottrina francese enumera colle altre quando insegna che la pendenza o la interposizione dei mezzi ordinarî impediscono il formarsi della cosa giudicata, mentre i mezzi straordinarî sono diretti a togliere vigore a una sentenza già passata in giudicato (96). A questa soluzione io sono tratto non da considerazioni relative alla intenzione del legislatore, che pure hanno il loro peso (97), né da argomenti esegetici tolti dai testi positivi (98), ma dal considerare ancora una volta quelle sostanziali differenze tra il concetto di mezzo di gravame e il concetto di azione di impugnativa, che fanno del primo un istituto destinato a ritardare, in una serie di normali esperimenti preparatorî, il formarsi della cosa giudicata, e della seconda un istituto destinato a distruggere eccezionalmente, cioè nei soli casi in cui si verifichino determinati vizî, la efficacia che la sentenza già possiede: intendo benissimo le ragioni pratiche che hanno persuaso dottrina e giurisprudenza a respingere questa interpretazione restrittiva, in considerazione degli inconvenienti che possono derivare, in controversie di speciale gravità, dalla mancanza di effetto sospensivo così rigorosamente stabilita dalla nostra legge

---

cont.; appello; ricorso per cassazione) e « mezzi per impugnare le sentenze passate in giudicato » (opp. di terzo; revocazione) (*ibidem.*, pag. 326, nota).

(94) Cfr. Bolgiano, *Begriff des Rechtsmittels*, pag. 426, cit. retro, n. 92, nota 30.

(95) *Principii*, pag. 948 e segg. Il Chiovenda però avverte (pag. 950) che le nostre leggi non adoprano sempre la espressione nello stesso senso: cfr. Gatti, *Autorità del giud. civ.*, n. 46. Il Rocco (U.), *Cosa giudicata*, n. 115, non tratta la questione di diritto positivo.

(96) Garsonnet, *Traité*, vol. V, § 1977; cfr. Mortara, *Comm.*, IV, n. 113.

(97) *Relazione* Pisanelli, n. 358.

(98) Cfr. Mattirolo, *Comm.*, IV, nn. 1162 e segg. Sul limitato valore che possono avere gli argomenti desunti dal testo di articoli dai quali non è rispettata una esatta terminologia, cfr. Fadda-Bensa, note al I° vol. del Windscheid, pag. 1188 e segg.

per il ricorso in cassazione (99); ma non mi sembra che queste ragioni, fondatissime per invocare adeguate riforme, siano sufficienti a distruggere la struttura processuale che hanno oggi il ricorso per cassazione e la revocazione, come non credo che valgano ad infirmarla le considerazioni tratte dalla maggiore o minore durata, o dalla maggiore o minore certezza di decorrenza del termine per esperimentare questi rimedî, nonché dalla larga applicazione che di essi si fa in pratica (100).

Quando si volesse sostenere che la cosa giudicata non si forma, finché c'è la possibilità di esperimentare contro la sentenza il ricorso per cassazione o la revocazione ex art. 494, n. 4 e 5, bisognerebbe logicamente ammettere che la situazione della sentenza di secondo grado tuttora impugnabile coi mezzi suddetti fosse identica a quella della decisione di primo grado soggetta a appello: ossia bisognerebbe vedere anche nella decisione del giudice di appello o una semplice « situazione giuridica » o una sentenza sottoposta a condizione sospensiva (retro, n. 88) (101). Ma, se ciò si ammettesse, si dovrebbe anche riconoscere che la teoria della « situazione giuridica » o quella della condizione sospensiva, che abbiamo considerate come fondamentali per intendere nella giusta luce lo stato della sentenza soggetta a gravame, non ingenererebbero altro che oscurità qualora si volesse applicarle anche al caso della sentenza d'appello soggetta ai mezzi di impugnativa straordinarî. Mentre, infatti, nel caso della sentenza soggetta ad appello, si intende benissimo perché essa, che non è ancora l'accertamento definitivo, non abbia *normalmente* efficacia esecutiva e possa averla solo eccezionalmente in base a un provvedimento separato (esecutorietà provvisoria), non con ugual facilità si comprende perché una sentenza che non sia ancora considerata quale accertamento definitivo possa avere, come ha infatti la sentenza d'appello ancora impugnabile in cassazione, efficacia esecutiva *normale* (art. 503 e 520 CPC). Ma ove pure si superi questa obiezione, osservando che, anche per la sentenza d'appello ancora impugnabile coi suddetti mezzi straordinarî, è opportuno distinguere la definitività dalla esecutorietà (102) (onde si potrebbe dire

---

(99) *Ibidem*, n. 1162.

(100) Chiovenda, *Principii*, pag. 949.

(101) Logicamente, infatti, il Chiovenda, che a pag. 393-394 dei suoi *Principii*, applica il concetto della « situazione giuridica » alla sola sentenza soggetta a appello, lo estende poi, a pag. 952-953, anche ai casi di sentenza impugnabile per cassazione o per revocazione ex art. 494, nn. 4 e 5.

(102) Chiovenda, *Principii*, pag. 949-950.

che per le sentenze ancora soggette ai mezzi ordinarî la provvisoria esecuzione è data eccezionalmente e soltanto dietro uno speciale provvedimento del giudice, mentre per le sentenze soggette soltanto ai mezzi di impugnativa straordinarî interponibili entro un termine breve la provvisoria esecuzione è data normalmente, e sempre *ope legis*), mi sembra che un'altra obiezione abbia valore decisivo: che, cioè, sembra logico che la legge consideri come un atto sottoposto a condizione sospensiva o, se si preferisce, come una « situazione giuridica » la sentenza emessa in un rapporto processuale non ancora chiuso, nel quale basta una dichiarazione di volontà della parte tempestivamente interposta per provocare senz'altro una nuova decisione sullo stesso « tema » che è già stato deciso nella precedente istanza; ma non ugualmente logico sembra pensare che la legge consideri come un rapporto non ancora chiuso quello in cui le parti non hanno più facoltà di provocare con una semplice dichiarazione di volontà una ulteriore trattazione della stessa controversia in una nuova fase, ma solo la facoltà di provocare, sia pure in un procedimento formalmente sovrapposto (retro, n. 90) un nuovo processo (*i. rescindens*), in cui si fa valere una azione che è assolutamente diversa per *petitum* e per *causa petendi* dall'azione fatta valere nel processo di merito, e che, dato lo scopo immediato che essa persegue (annullamento della sentenza di merito), costituisce la migliore dimostrazione di questa verità: che non è possibile ottenere una nuova trattazione sul merito, se non in quanto si riesca prima a rimuovere quella sentenza d'appello che ormai è valsa a chiudere definitivamente la controversia (103).

---

(103) Si intende che alla risoluzione della questione così dibattuta nel nostro diritto non è lecito trarre alcuna argomentazione dal sistema germanico, secondo il quale la sentenza non passa in giudicato se non quando siano esauriti per interposizione o per inutile decorso del termine, tutti i *Rechtsmittel*, compresa la *Revision* (§ 705): si ricordi infatti che nel diritto germanico la *Revision* è, a differenza del nostro ricorso per cassazione, costituita come un vero mezzo di gravame!

Capitolo IX

IL RICORSO IN CASSAZIONE PER VIZÎ DI ATTIVITA' (ERRORES IN PROCEDENDO)

Sommario: 99. Come sia opportuno tener distinto il ricorso per vizî di attività dal ricorso per vizî di giudizio. — 100. Classificazione dei vizî d'attività che dànno luogo a cassazione: 1) difetti attinenti alla costituzione del rapporto processuale; 2) inesecuzioni di precetti processuali nel corso del procedimento; 3) inesecuzioni di precetti processuali nel corso della fase decisoria (In nota: sul potere della C. di cassazione di rilevare d'ufficio vizî non denunciati nel ricorso). — 101. Paragone col sistema adottato per far valere i vizî di attività: *a*) dal diritto germanico; *b*) dal diritto austriaco. — 102. Analisi della struttura processuale di questa forma di ricorso: *a*) poteri del giudice del rescindente per accertare l'esistenza del vizio denunciato; *b*) effetti costitutivi (annullamento) del rescindente; *c*) effetti positivi sul rapporto processuale; *d*) rinvio del rescissorio a un altro giudice.

99. — Allorquando, nel Capo primo di questo Volume, si è tentato di delineare qual'è lo scopo caratteristico che mira a raggiungere la Corte di cassazione, non abbiamo trascurato occasione per mettere in rilievo che i difetti della sentenza, dai quali può essere posto in pericolo quell'interesse al mantenimento della esatta interpretazione giurisprudenziale che è la ragion d'essere dell'istituto, sono esclusivamente gli *errores in iudicando* intervenuti nella risoluzione della questione di diritto: sembrerebbe logico che da questa premessa dovesse pertanto discendere la conseguenza che l'unico motivo sul quale possa esser fondato il ricorso per cassazione sia l'errore di giudizio *in iure* nelle sue diverse specie (retro n. 79, II, 2 A), cioè quell'unico vizio per reprimere il quale la Cassazione è istituita. Ma questa conseguenza semplice ed intuitiva non si verifica nella nostra legge, nella quale il ricorso per cassazione può essere esperimentato, oltreché per un gruppo di motivi che rientrano nel concetto razionale dell'istituto (*errores in iudicando*), anche per un gruppo di motivi (*errores in procedendo*) che colla esatta interpretazione giurisprudenziale non hanno niente a

che vedere: onde, dopo aver collocato nel quadro dei mezzi di impugnativa il ricorso per cassazione considerato nelle sue linee generali (retro, Capit. VIII), si manifesta la necessità di sottoporre a un più minuzioso esame l'istituto che finora ci era apparso come unico, e di considerare separatamente le due forme ch'esso viene ad assumere quando lo si ponga in relazione coi vizi del giudicato che per suo mezzo possono esser fatti valere. Parlerò pertanto nelle pagine seguenti prima del ricorso in cassazione per vizî di attività, poi del ricorso in cassazione per vizî di giudizio.

Nella enumerazione dei motivi per ricorrere in cassazione, che il nostro CPC fa nell'art. 517 (da integrarsi, come vedremo con qualche altro motivo di ricorso desumibile da altre disposizioni: oltre, n. 100), non si trova questa esplicita contrapposizione tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando* che pure, come vedremo, è fondamentale per la retta intelligenza del ricorso in cassazione: tuttavia il sistema tenuto in questo articolo dal nostro legislatore, che è stato quello di enumerare specificatamente i motivi di ricorso uno di séguito all'altro senza classificarli, non esclude che la classificazione possa esser fatta dallo studioso, raggruppandoli secondo quei concetti che meglio possan valere a chiarire il significato di ciascuno.

Giova, a questo proposito, levar di mezzo fin d'ora una obiezione che potrebbe esser fatta contro la utilità di questa o di consimili classificazioni dei motivi di ricorso. Poiché gli *errores in procedendo* possono tutti quanti (anche quelli che consistono in un difetto di costituzione del rapporto processuale: retro, n. 80, 2) esser fatti risalire ad una « inesecuzione di legge processuale », e poiché d'altra parte, gli *errores in iudicando* relativi alla *quaestio iuris*, che soli vengono in considerazione come motivi di cassazione, non solo hanno sempre l'effetto di far dichiarare nel dispositivo come concreta volontà di legge ciò che la legge effettivamente non ha voluto, ma anche risalgono, come a comune origine, a una non coincidenza tra la volontà astratta della legge e ciò che il giudice nella motivazione crede erroneamente essere la volontà astratta della legge, — può sembrare che questi due gruppi di difetti si ricongiungano in un unico concetto generico di *inesecuzione* o *violazione di legge*, e che il nostro Codice di PC avrebbe potuto, sostituendo alla specifica enumerazione dei motivi una disposizione più comprensiva e più semplice, stabilire che il ricorso in cassazione è dato tutte le volte che, nel giudizio di merito, sia stata *violata* la legge sostanziale o processuale. Questa è infatti la opinione del MORTARA, secondo il quale, non essendo dubitabile che la parola « legge », usata nel n. 3 dell'art. 517 CPC a designare

gli *errores in iudicando*, « abbraccia qualunque norma giuridica, di sostanza o di forma, e del pari non essendo dubitabile che ognuno degli altri numeri dell'art. 517 considera appunto la violazione o la falsa applicazione di qualche norma del diritto positivo vigente, si dovrebbe concludere che la lunga enumerazione del testo fosse un inutile pleonasmo » (1); e lo stesso criterio sembra che sia stato adottato dal legislatore germanico, quando al § 549 del *CPO* ha disposto che la Revisione possa aver luogo solamente in quanto la decisione si basi sulla violazione di una legge (*auf der Verletzung eines Reichsgesetzes... beruhe*: cfr. vol. I, n. 216), comprendendo in questa espressione generica, come dimostrano i §§ successivi, così gli *errores in procedendo* come gli *errores in iudicando*.

Senonché mi sembra che simile funzione delle due classi di difetti sotto una denominazione unica servirebbe solamente a ingenerare equivoci ed oscurità: ciò per una doppia serie di considerazioni. *a*) Noto anzitutto che non è esatto (retro, nn. 12 e 78) comprendere sotto la espressione generica di « violazione di legge » due fenomeni profondamente diversi tra loro, quali sono la *inesecuzione di un precetto processuale* (*error in procedendo*) e l'errore sulla volontà astratta di una legge relativa al rapporto controverso, dal quale deriva nel dispositivo della sentenza una *falsa dichiarazione della concreta volontà di legge* (2); tanto è vero che la distinzione tra i due gruppi di vizî, che la legge germanica repudia nel § 549, riappare nelle disposizioni seguenti (specialmente nei §§ 551, 559) ed è poi esplicitamente ristabilita dai commentatori (vol. I, n. 218) (3). b) In secondo luogo, perché la fusione suddetta fosse lecita, bisognerebbe dimostrare che tutti gli *errores in procedendo*, cioè tutte le *inesecuzioni di legge* processuale, dessero luogo a cassazione come vi dànno luogo tutti gli *errores iuris in iudicando* (nelle tre forme di: *violazione di legge* in senso stretto; *falsa interpretazione di legge; falsa applicazione di legge*: retro, n. 79, II, 2 A); ma la possibilità di dare questa dimostrazione urta nel nostro diritto positivo, secondo il quale, come tra poco

---

(1) *Comm.*, IV, pag. 554. Anche il MATTIROLO, *Comm.*, IV, n. 1038 distingue il vizio di « violazione o falsa applicazione di legge » dell'art. 517, n. 3, secondoché la legge violata o falsamente applicata sia una legge regolante la competenza, la procedura, o le obbligazioni, in modo che altri numeri dell'art. 517 non sarebbero che una ripetizione del n. 3. Cfr. JAPIOT, *Traité*, n. 1122.

(2) Cfr. il mio scritto: *Distinzione tra « error in iud. »*, ecc, specialmente n. 10.

(3) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1030, nota 1.

vedremo (oltre, n. 100) costituiscono motivo di cassazione solamente quegli *errores in procedendo* che la legge singolarmente determina: il che chiaramente significa che non il semplice fatto della inesecuzione di qualunque precetto processuale dà fondamento alla cassazione, ma solo quella inesecuzione che, secondo il legislatore, ha conseguenze particolarmente gravi sul processo; onde, mentre il motivo di cassazione esiste, quando si tratta di *errores in iudicando*, per il solo fatto che il giudice abbia errato sulla volontà astratta della legge, qualunque sia il contenuto di questa, nel caso di *error in procedendo* la impugnativa non è data per la semplice non coincidenza della condotta del giudice colla condotta che la legge gli prescriveva, ma per la eccezionale gravità delle conseguenze che questa irregolarità porta, in casi tassativamente determinati, sulla costituzione o sull'andamento del processo. La profonda differenza del criterio seguìto dalla nostra legge nei due casi è evidente: nel ricorso dato per *error in iudicando* si mira a difendere la esatta interpretazione di qualunque norma giuridica; nel ricorso dato per *error in procedendo* si mira non ad assicurare la esecuzione di qualunque precetto processuale, poiché la maggior parte delle inesecuzioni di questi precetti non dànno luogo a cassazione, ma a garantire il proficuo svolgimento del processo; da questa sostanziale diversità di concetto resta, dunque, dimostrata la opportunità di mantenere la distinzione dei motivi di ricorso in vizî di attività e in vizî di giudizio (4).

Ritengo utile ricordare che lo studio che sarà condotto nelle pagine seguenti sui motivi di cassazione distinti nei gruppi sopra accennati, non si propone, non dico di esaurire, ma neppure di iniziare quella trattazione della *Teoria dei motivi di cassazione* che costituirà uno dei temi più importanti della Parte speciale di questo

---

(4) Un diverso raggruppamento dei motivi di ricorso in cassazione è seguìto dai penalisti, sulle tracce del nuovo CPP e dei suoi lavori preparatorî. I motivi sono distinti in *sostanziali* e in *formali*: i primi, a dire del MANZINI, *Trattato di pr. p.*, II, n. 503, sono quelli che « si riferiscono al disconoscimento del diritto penale sostantivo o del diritto costituzionale, o del diritto processuale in quanto si attiene ai presupposti del rapporto processuale penale » (cioè: violazione o erronea applicazione della legge, eccesso di potere, incompetenza, inosservanza delle norme essenziali relative ai soggetti del rapporto processuale: cfr. art. 500 e 136 CPP); gli altri sono quelli che si riferiscono « ai requisiti formali degli atti processuali » (art. 500, 137 e segg.). Questa distinzione unisce nel gruppo dei motivi essenziali tutti gli *errores in iudicando* con i più gravi *errores in procedendo;* confesso però che non riesco a vedere né il criterio logico, né la pratica utilità di questa classificazione. Cfr. anche SACCONE, *Le nullità e le decadenze nella procedura penale con particolare riguardo al ricorso per cassazione* (Roma, 1918), nn. 105 e segg.

lavoro. Qui si parla dei motivi di cassazione solo in quanto essi servano a meglio profilare la struttura processuale del mezzo di impugnativa col quale possono essere fatti valere: sul carattere, sulla estensione, sull'applicazione pratica di ciascun motivo dovrò poi, a suo tempo, lungamente fermarmi.

100. — I vizî di attività verificatisi nel giudizio di merito, sui quali può essere fondato il ricorso per cassazione, si desumono dall'art. 517, numeri 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 8° (sul n. 7°, che rientra piuttosto, a parer mio, nel concetto di *error in iudicando*, oltre, n. 114); ma questa enumerazione di motivi dev'essere integrata con altri che esplicitamente o implicitamente si detraggono dall'art. 544 CPC e dall'art. 3, n. 3, Legge 31 marzo 1877. Anche è utile tener presenti, poiché la Cassazione penale si è svolta, nel suo fondamento concettuale, parallela alla Cassazione civile, gli articoli 500 e seguenti del nuovo CPP.

Riferendomi alla classificazione generale da me data di tutti i possibili vizî del giudicato (retro, n. 79) e seguendo i criterî di classificazione e di esposizione tenuti dal CHIOVENDA nel trattare dei motivi di cassazione (5), ritengo opportuno raggruppare nel modo seguente i motivi di cassazione consistenti in *errores in procedendo*.

1) *Difetti attinenti alla costituzione del rapporto processuale di merito* (retro, n. 79, I, 1).

A) L'esempio più tipico di questa classe è il vizio di *incompetenza* del giudice di merito: questo motivo non è espressamente menzionato nell'art. 517, ma l'art. 544 prevede il caso in cui la Corte di cassazione « cassi la sentenza per violazione delle norme di competenza », e l'art. 3 della citata L. 31 marzo 1877, considera la incompetenza (n. 3) come motivo di cassazione delle sentenze emesse dalle giurisdizioni speciali, onde a maggior diritto si può pensare che lo stesso motivo valga contro le sentenze dei giudici ordinarî (6).

---

(5) *Principii*, § 87, II. Cfr. anche MORTARA, *Comm.*, IV, nn. 352-360; MATTIROLO, *Trattato*, IV. nn. 1028 e segg. Per la classificazione dei motivi di cassazione nel processo penale, cfr. MANZINI, *Trattato di pr. p.*, II, nn. 500 e segg.

(6) Cfr. per analogia l'art. 500 CPP. Il fatto che il nostro legislatore non abbia menzionato la incompetenza nell'art. 517 può essere spiegato ritenendo che egli abbia inteso di comprenderlo nel n. 1 o nel n. 3 dello stesso articolo: la locuzione dell'art. 544 (« *violazione delle norme di competenza* »), e anche la *Relazione* PISANELLI, nella quale anche gli *errores in procedendo* sono conside-

B) Alla stessa stregua della incompetenza devono essere trattati i difetti relativi ad altri presupposti processuali (per. es. la capacità delle parti, ecc.) (7).

[*C*) Si potrebbe far rientrare sotto questa classe anche l'*eccesso di potere*; ma preferisco classificarlo oltre, *sub* 3.].

2) *Inesecuzioni di precetti processuali nel corso del procedimento fino alla chiusura dello stadio istruttorio* (retro, n. 79, I, 2).

A) Un *error in procedendo* di questa classe si verifica tutte le volte in cui « le forme prescritte sotto pena di nullità siano state omesse o violate nel corso del giudizio, sempre che la nullità non sia stata sanata espressamente o tacitamente » (art. 517, n. 1°). È opportuno ricordare che la nostra legge, tra i varî sistemi che la dottrina ha suggerito o le legislazioni hanno adottato per stabilire le conseguenze della inosservanza delle forme processuali (8), ha seguito un sistema *eclettico* (9), il quale ammette che la nullità degli atti di procedura possa essere dichiarata in due ipotesi:

---

rati come « violazioni di legge » (*ibidem*, n. 389), fanno ritenere che nel n. 3, anziché nel n. 1, il legislatore abbia inteso di comprendere la incompetenza, analogamente a quanto abbiamo veduto accadere nella dottrina del processo penale. Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1031.

(7) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1031 *b*.

(8) Sulla importanza delle forme nel processo, cfr., oltre la monografia fondamentale del CHIOVENDA (in *Saggi*, pag. 191 e segg.), anche le osservazioni dello STOPPATO, nella sua *Relazione alla Camera dei Deputati* sul CPP (8 marzo 1912), tit. IV.

(9) Cfr. *Relazione* PISANELLI, nn. 40-45. I sistemi che sono stati escogitati dalle legislazioni e dalla dottrina possono raggrupparsi nei seguenti tipi:

a) Sistema che ha riguardo alla *essenza* dell'atto: non ogni inesecuzione di legge processuale produce la nullità dell'atto, ma solo quelle che causano la mancanza, nell'atto stesso, di un elemento costitutivo senza il quale l'atto non può raggiungere la sua destinazione; si distinguono, così, le forme essenziali dalle forme accidentali dell'atto (distinzione già esistente nel diritto comune: cfr. vol. I, n. 76).

b) Sistema che ha riguardo alla *esplicita e specifica dichiarazione di nullità* contenuta nella legge: producono nullità dell'atto solo quelle inesecuzioni di precetti processuali che sono posti dal legislatore sotto espressa sanzione di nullità (sistema apparentemente seguìto nel diritto francese: « *pas de nullité sans texte* »; cfr. art. 1030 *CPC*).

c) Sistema che considera *implicita* in ogni prescrizione processuale la sanzione di nullità: « ogni contravvenzione alle leggi di procedura induce la nullità dell'atto » (formula adottata dal Reg. Gregoriano, § 408).

d) Sistema che ha riguardo al *nesso di causalità* tra la inesecuzione di legge processuale e il contenuto della sentenza: producono nullità dell'atto solamente quelle inesecuzioni di precetti processuali che possano causare conseguenze sulla decisione del merito a danno di una delle parti (« *pas de nullité sans grief* »): cfr. art. 426, n. 2 della L. di proc. civ. di Ginevra, 2 di-

a) quando la esecuzione del precetto processuale sia espressamente prescritta dalla legge sotto sanzione di nullità (art. 56 CPC);

b) quando la inesecuzione di un precetto processuale non prescritto sotto espressa sanzione di nullità sia causa della mancanza nell'atto « degli elementi che ne costituiscono l'essenza » (art. 56, cpv. 1°).

Se si dovesse tener conto della lettera dell'art. 517, n. 1, sembrerebbe che non tutte le nullità che il nostro diritto processuale ammette, in base ai due criterî sopra accennati, potessero costituire motivo di cassazione, ma soltanto quelle derivanti dal primo criterio, cioè da una esplicita e specifica dichiarazione di legge (art. 517, n. 1°: « ... forme *prescritte sotto pena di nullità* »); non credo però che questa interpretazione letterale, che escluderebbe la possibilità di un ricorso per cassazione basato su una omissione o violazione di forme non esplicitamente prescritte a pena di nullità che produca in un atto processuale la mancanza « degli elementi che ne costituiscono l'essenza », possa essere accolta, perché si verrebbe così a fare un trattamento diverso, di fronte all'impugnativa, a dei vizî che la legge considera della stessa gravità (art. 56 CPC), senza poi considerare che le nullità di questa seconda specie, che derivano sempre da inosservanza di forme *essenziali*, possono avere un carattere di maggior gravità in confronto delle prime che, quantunque esplicitamente dichiarate dalla

---

cembre 1911, la cui formula fu adottata dal Progetto Orlando, articolo 26 (cfr. D'Amelio, in « R. d. co. », 1908, I, 382). Sul tema, v. Chiovenda, *Principii*, § 43, III; Mortara, *Comm.*, II, nn. 629-645, assertore *in iure condendo* del sistema *sub d;* (cfr. anche Id. in *Relazione senatoria al CCP*); Japiot, *Traité*, Parte preliminare, tit. V; nonché la sopra citata *Relazione* dello Stoppato, in cui è particolarmente confutata, con disamina di legislazioni straniere, la opportunità di applicare il sistema *sub d*, sostenuta dal Mortara. Il sistema di nullità stabilito dal nuovo CPP (art. 135-142) non è immune da difetti. L'articolo 135, stabilendo che « sono nulli gli atti nei quali non siano state osservate le disposizioni prescritte a pena di nullità » adotta il criterio *sub b;* e intende qui regolare la nullità (meglio: annullabilità) degli atti del procedimento. Ma poi nell'art. 136 regola non più la nullità dei singoli atti del procedimento, ma la nullità dell'intero rapporto processuale per difetto dei suoi presupposti, e qui abbandona il criterio *sub b* stabilendo che la osservanza delle disposizioni relative alla regolare costituzione del rapporto processuale « si intende sempre prescritta a pena di nullità » anche se non vi sia esplicita prescrizione; d'altro lato considera a parte, e solo in relazione all'istituto della cassazione i vizî di incompetenza ed eccesso di potere (art. 500), che, anziché ai vizî del rapporto processuale, avvicina alla « violazione o erronea applicazione » della legge sostanziale. Cfr. Lanza, *Principii*, nn. 222-225; e 449; Saccone, *Le nullità e le decadenze*, cit.

legge, possono anche derivare da inosservanza di forme *accidentali* (10).

Sappiamo che dalla esistenza di una inesecuzione di un precetto processuale, che può causare la invalidità di un atto del procedimento, non sempre deriva un vizio della sentenza che di questo procedimento è la conclusione (retro, n. 81): affinché la nullità, prodottasi nel procedimento per il verificarsi di una delle due ipotesi dell'art. 56 CPC, si trasformi in motivo di impugnabilità della sentenza in sede di cassazione, cioè in motivo di annullabilità del giudicato, occorre:

a) che la nullità derivante dalla inosservanza delle forme non sia già stata sanata nel corso del giudizio di merito: si dovrà dunque trattare o di una nullità che il giudice avrebbe dovuto rilevare d'ufficio (cosid. nullità *assoluta*: art. 56, cpv. ult. CPC) o di una nullità non rilevabile d'ufficio (cosid. nullità *relativa*) ma tempestivamente rilevata nel giudizio di merito dalla parte che aveva diritto di opporla (art. 56, cpv. ult. e 57 CPC);

b) che la sentenza sia in tutto o in parte *dipendente* dall'atto dichiarato nullo per violazione di forme; questa regola, che è scritta nell'art. 58 CPC, non ha niente a che vedere con quel principio, adottato da qualche legislazione (11), secondo il quale la inosservanza di forme processuali non produce nullità dell'atto se non quando da essa derivi a danno di una parte un pregiudizio nel merito non altrimenti riparabile che colla rinnovazione dell'atto; qui si tratta invece di una dipendenza meramente formale, non di un nesso di causalità tra la inosservanza del precetto processuale e il contenuto della decisione.

Si deve avvertire che alla nullità per inosservanza di forme la dottrina equipara, agli effetti della impugnativa in cassazione, la nullità che si produce come effetto di *decadenza*, quando un atto del procedimento sia bensì compiuto nelle forme volute dalla legge,

---

(10) MORTARA, *Comm.*, IV, n. 635. Non credo neppure che si potrebbe sostenere che la violazione di forme essenziali, ma non prescritte esplicitamente a pena di nullità, non sia rilevabile dalla Corte di cassazione, perché il decidere quando si sia in presenza di forma essenziale è rimesso all'apprezzamento del giudice di merito: qui infatti non si tratta di un potere discrezionale, ma di un potere di apprezzamento giuridico di una fattispecie, che non è estraneo all'ufficio della cassazione (cfr. il mio scritto *Limiti fra giurisdizione e amm. nella sent. civ.*, n. 10); in questo senso: LESSONA, *Manuale*, pag. 144; VENZI, *Cassazione*, n. 19; PISANELLI, *Comm.*, IV, n. MCCXCIX.

(11) Cfr. retro, nota 9, lettera *d*. VENZI, *Cassazione*, n. 19.

ma dopo che è trascorso il termine perentorio entro il quale doveva essere compiuto (12).

B) Fra le inesecuzioni di precetti processuali commesse durante il procedimento, che possono costituire motivo di cassazione, rientra anche la inosservanza di quella disposizione che impone di sentire in udienza, in cause di interesse pubblico determinate dalla legge, le conclusioni del pubblico ministero (art. 346, e 361, n. 3 CPC). Questo vizio del procedimento, che costituisce un motivo di annullabilità *derivata* della sentenza (13), è contemplato, insieme con altri motivi di annullabilità *propria* del giudicato, dall'art. 361 CPC, cui l'art. 517, n. 2 semplicemente si riferisce.

3) *Inesecuzioni di precetti processuali nel corso della fase decisoria del procedimento* (retro, n. 79, I, 3):

A) nella attività degli organi giudiziarî diretta alla formazione del contenuto della decisione:

a) Inesecuzione di precetti processuali che regolano la composizione personale dell'organo giudicante: violazione dell'art. 357 CPC, che vieta il concorso alla deliberazione di giudici che non abbiano assistito alla discussione della causa, e, secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalente, dell'art. 244 RGG, che integra il precedente (14). Anche questo motivo di cassazione è compreso nel n. 2 dell'art. 517, che si riferisce ai motivi di annullabilità contemplati dall'art. 361 CPC (n. 1).

b) Inesecuzioni di precetti processuali che stabiliscono i limiti entro i quali l'attività di decisione deve svolgersi.

α) Il caso più tipico di questo motivo di cassazione è l'*eccesso di potere;* vizio che l'art. 517 CPC non menziona in generale, ma che, come l'incompetenza, è considerato motivo di cassazione, non solo dal nuovo CPP (art. 500) e dall'art. 3, n. 3 della L. 31 marzo 1877, ma anche dall'art. 544 CPC, n. 1, onde può trarsi anche una esatta definizione di questo vizio (che si verifica tutte le volte in cui « nessuna autorità giudiziaria poteva pronunziare ») (15). L'eccesso di potere può investire tutto il rap-

---

(12) MORTARA, *Comm.*, IV, n. 355; JAPIOT, *Traité*, n. 53.

(13) L'annullabilità della sentenza non deriva infatti dal difetto nella sentenza della enunciazione che il P. M. è stato sentito, ma dalla effettiva mancanza dell'intervento: MORTARA, *Comm.*, IV, n. 54, pag. 101.

(14) MORTARA, *Comm.*, IV, nn. 44-45; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 406. Il Progetto ORLANDO, art. 16, n. 2, tra i motivi di cassazione poneva quello di nullità « per violazione dell'art. 357 CPC, o dell'art. 264 RGG ».

(15) Si sa che nel diritto francese l'eccesso di potere è esplicitamente considerato come motivo di cass. (vol. I, n. 196 *c.* II, 2: da noi qualche autore ne

porto processuale, in quanto il giudice sia del tutto sfornito del potere di pronunciare sull'oggetto della controversia (eccesso di potere *totale*), o può invece manifestarsi al momento della pronuncia, in quanto il giudice sia sfornito del potere di pronunciare fuori dei limiti entro i quali è contenuto il tema della controversia (eccesso di potere *parziale*); l'eccesso di potere *totale* si può poi distinguere in *iniziale* e in *sopravvenuto*, secondoché si sia verificato fin dall'inizio del processo in prima istanza o riguardi invece solo la fase di secondo grado (per. es., giudizio d'appello su sentenza per legge inappellabile). Il nostro CPC, che non contempla, si è già detto, l'eccesso di potere come concetto generale, contempla però dei casi specifici che rientrano in esso, e cioè:

α^1) casi di eccesso di potere *totale*: art. 517, n. 8: annullabilità della sentenza quando « sia contraria ad altra sentenza precedentemente pronunciata tra le stesse parti, sul medesimo oggetto e passata in giudicato, sempre che abbia pronunciato sull'eccezione di cosa giudicata » (per il significato dell'ultimo inciso, e per il caso in cui *lo stesso* vizio è impugnabile per mezzo di revocazione, retro, n. 95, 2 *c*);

α^2) casi di eccesso di potere *parziale*: art. 517, n. 4: pronuncia *extra petita;* art. 517, n. 5: pronuncia *ultra petita* (16).

β) Un motivo di cassazione in certo senso opposto a quello dell'eccesso di potere *parziale*, si ha nel caso di omessa pronuncia, contemplato dall'art. 517, n. 6 CPC, che si verifica quando il giudice di merito « abbia omesso di pronunciare sopra alcuno dei capi della domanda stati dedotti per conclusione speciale ». Mentre nel caso dell'eccesso di potere il giudice commette un *error in procedendo*, in quanto giudica fuori dei limiti in cui il suo giudizio dovrebbe esser contenuto, qui il giudice erra in quanto omette di giudicare un punto compreso nel tema della controversia: è un vizio di volizione (che si risolve quindi in una incompletezza del dispositivo: retro, n. 91 in fine) non un vizio di ragionamento (difetto di motivazione: oltre n. 121); neppure si

---

accenna alla sfuggita colla incompetenza (cfr. MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1039), e ampiamente ne tratta il CHIOVENDA, al cui insegnamento aderisco (*Principii*, pag. 1033 *e*), riserbandomi però di esaminare singolarmente i singoli casi che secondo il C. rientrano in questo concetto, nella Parte speciale. Per il concetto di eccesso di potere nel processo penale, cfr. MANZINI, *Trattato di pr. pen.*, II, n. 503. Cfr. anche art. 588 CPC sardo (Vol. I, n. 265, 4, *a*, α, 2°).

(16) È notevole che la *Relazione* PISANELLI, n. 390, nota che in questi due casi « l'autorità giudiziaria, eccedendo i limiti della controversia, *commette un vero eccesso di potere* ».

deve confondere questo difetto colla omissione totale del dispositivo, di cui oltre, *B, c* (17).

B) Nelle attività degli organi giudiziarî dirette a dare forma di atto scritto al contenuto della decisione.

Rientrano in questa classe tutte le omissioni che dall'art. 361 CPC, n. 2 (richiamato dall'art. 517, n. 2) sono considerate come motivi di annullabilità *propria* della sentenza (a differenza del vizio contemplato nel n. 3 dell'art. 361, che è un motivo di annullabilità derivata: retro, in questo paragrafo, n. 2 *B*; e del vizio contemplato nel n. 1 dello stesso articolo, che è un vizio inerente alla composizione personale dell'organo giudicante: retro, n. 3 *A, a*). Le omissioni di indicazioni richieste a pena di nullità nella sentenza come atto scritto sono le seguenti:

a) omissione del tenore delle conclusioni delle parti (art. 360, n. 4);

b) omissione *totale* di indicazione dei motivi (art. 360, n. 6: da non confondersi col difetto di motivazione, che è un vizio di ragionamento: oltre n. 121);

c) omissione *totale* di indicazione del dispositivo (art. 360, n. 70: da non confondersi colla incompletezza del dispositivo, ossia *omessa pronuncia,* di cui retro, 3 *A, b,* β; né colla oscurità, incertezza, contradditorietà del dispositivo, di cui oltre n. 114);

d) omissione di indicazione di data (art. 360, n. 8);

e) omissione di sottoscrizione da parte dei giudici e del cancelliere (art. 360, n. 9).

Si deve notare, a conclusione di tutta questa enumerazione, che, così nel gruppo di vizî *sub* 1, come nel gruppo *sub* 2 vi sono dei difetti che possono costituire motivo di cassazione solamente se siano stati debitamente rilevati dalle parti dinanzi al giudice di merito, cioè quei difetti di cui il giudice non può tener conto se non su domanda di parte, in mancanza della quale la rilevabilità di essi resta preclusa (es. art. 56, cpv. ultimo, 190, 191; 187 cpv. CPC; mentre altri difetti, che il giudice di merito aveva l'obbligo di rilevare d'ufficio, anche senza domanda di parte, possono costituire motivo di cassazione per il solo fatto che il giudice abbia tralasciato di rilevarli (es. art. 56, cpv. ultimo; 187 CPC) (18). Nel primo caso l'*error in procedendo* sarebbe esistito solo in quanto la parte interessata avesse dichiarato di vo-

---

(17) Chiovenda, *Principii,* pag. 1036 *f.*

(18) Cfr. Chiovenda, § 70; § 87, pag. 1031, 1032; Mortara, *Comm.*, IV, pag. 555-556; Mattirolo, *Trattato,* IV, n. 1039.

lerne trarre le conseguenze giuridiche, mentre, nel silenzio della parte, il difetto si ha per non intervenuto; nel secondo caso l'*error in procedendo* si è verificato *ipso iure*, onde il processo appare senz'altro viziato, anche nel silenzio delle parti e del giudice. In questa seconda ipotesi il vizio che costituisce motivo di impugnativa in sede di cassazione si presenta come una questione nuova, non trattata dinanzi ai giudici di merito; ma se qui il vizio doveva essere rilevato d'ufficio *dal giudice di merito*, non si deve pensare che possa per questo la Corte di cassazione rilevarlo d'ufficio anche se non sia stato esplicitamente dedotto nel ricorso! (19).

---

(19) Già ebbi occasione di rilevare (retro, n. 75), come dalla struttura particolare del ricorso per cassazione derivi il principio che la corte di cassazione non può rilevare d'ufficio difetti della sentenza denunciata non dedotti nel ricorso. Questo principio, che fu allora menzionato con speciale riguardo al ricorso per *errores in iudicando*, si riconferma qui anche in relazione al ricorso basato su *errores in procedendo*: e, quantunque una dettagliata analisi del suo significato e della sua applicazione nella giurisprudenza costituisca materia adatta più per la Parte speciale che per questo Disegno introduttivo, pure mi sembra che dal soffermarmi fin d'ora su questo argomento possa trarre qualche chiarimento anche sulla struttura generale del nostro istituto.

A) Anzitutto bisogna porre la questione nei suoi termini che sono questi: può la Corte di cassazione rilevare d'ufficio difetti della sentenza impugnata non dedotti dal ricorrente nel ricorso, e per uno di questi annullarla? La questione è dunque ben distinta da altre due, che qui si enunciano non per discuterle, ma per liberare il campo rinviandone la trattazione alla Parte speciale: *a*) se la Corte di cassazione possa accogliere come motivo di annullamento un difetto dedotto dal ricorrente, risultante da una questione giuridica che non è stata trattata dinanzi al giudice di merito (ammissibilità dei cosiddetti *moyens nouveaux*: cfr. GARSONNET, *Traité*, VI, § 2347; JAPIOT, *Traité*, n. 1143; e vol. I, n. 200 *a*, *α*); *b*) se il P. M. possa sollevare d'ufficio, in aggiunta ai motivi fatti valere dal ricorrente, altri motivi di cassazione da questo non dedotti. La questione che qui voglio brevemente esaminare è invece quest'altra: se la Corte di cassazione possa, *di propria iniziativa*, annullare per un motivo che, senza avere i caratteri di un *moyen nouveau*, non sia stato dedotto dal ricorrente.

B) Per ciò che si riferisce al ricorso in cassazione per *error in iudicando* (violazione o falsa applicazione di legge) occorre sbarazzare il terreno anche di altre questioni accessorie in cui si scinde la questione qui posta. Si può infatti domandare:

a) Può la Corte di cassazione annullare una sentenza perché contiene nella motivazione una erronea interpretazione di legge, quando però risulti dalla stessa motivazione che il dispositivo si regge in base ad altri motivi giuridici di cui il giudice di merito ha tenuto conto cumulativamente? La risposta è negativa, perché in questo caso la violazione denunciata non ha i caratteri di un *error causalis* (retro, n. 74): cfr. art. 531 CPP.

b) Può la Corte di cassazione, pur riconoscendo che la violazione di

101. — I motivi di cassazione che abbiamo enumerato finora, traendone la nozione dall'art. 517 CPC interpretato attraverso

---

legge denunciata dal ricorrente ha, di fronte al dispositivo, i caratteri di un *error causalis*, tener ferma la sentenza per un diverso motivo, tratto dall'esaminare una questione giuridica non trattata dal giudice di merito, o dal risolvere in modo opposto a quello seguìto dal giudice di merito una questione giuridica non dedotta nel ricorso? La risposta è negativa *in iure condito* (retro, n. 75). La legislazione germanica adotta, come naturale conseguenza della *freie Revisionspraxis*, il principio opposto nel § 563 *CPO*. La legge napoletana 29 maggio 1817 sull'org. giud. (vol. I, n. 263, I,), stabiliva nel suo art. 124 che « non saranno soggette ad annullamento le sentenze e le decisioni mal motivate, quando la parte dispositiva non contravvenga espressamente alla legge. In questo caso la Corte suprema di giustizia si limiterà a disapprovare i motivi »; e nell'esempio di essa il Prog. TAIANI, 1886, di *Modificazioni al CPC* (vol. I, n. 271 *p*), proponeva un art. 13, così concepito: « Se la Corte suprema riconosce che nel dispositivo della sentenza impugnata venne esattamente applicata la legge al fatto nella sentenza medesima legalmente accertato, emenda, ove sia d'uopo, i motivi di diritto erronei e rigetta il ricorso »; e il Prog. ORLANDO 1908 (vol. I, n. 271 *u*) proponeva all'art. 16: « qualora la C. di cassazione riconosca che il dispositivo della sentenza, in relazione col fatto esposto e stabilito nella medesima, è conforme alla legge deve supplire o correggere la motivazione omessa o deficiente in diritto, senza pronunciare annullamento » (contro questa proposta, cfr. LESSONA, in « Rev. trim. » IX, 357); ma non appare chiaro se questi tre testi intendessero di vietare l'annullamento per un errore non causale (retro, *sub a*), ovvero volessero espressamente riconoscere alla C. di cassazione il potere, che già in pratica esercita, di correggere le argomentazioni difettose nell'àmbito della questione giuridica sollevata dal ricorrente (retro, n. 75, nelle tre ultime note), oppure volessero addirittura riconoscere alla Cassazione il potere di riesaminare *ex novo*, dal punto di vista delle questioni di diritto (*revisio in iure*) tutto il rapporto controverso. Solo in quest'ultimo caso quei testi avrebbero significato risoluzione affermativa della questione, che qui (*sub b*) risolvo *in iure condito* negativamente.

c) Può la Corte di cassazione, pur riconoscendo che la violazione di legge denunciata dal ricorrente non esiste, annullare la sentenza per un'altra violazione di legge non denunciata dal ricorrente? Questa è la questione fondamentale, che è comune anche al ricorso per *error in procedendo* e che può quindi essere trattata cumulativamente per ambedue le forme di ricorso.

C) La questione fondamentale che resta da risolvere è, nel silenzio della legge, risolta in massima dagli autori in senso negativo (cfr. RICCI, *Commento al CPC it.*, 2ª ediz., Firenze, 1878, vol. II, n. 673; MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1193 *b*). La ragione di questa soluzione, indubbiamente corretta, è da ricercarsi soprattutto nella particolare struttura del nostro ricorso per cassazione, il quale è un'azione di impugnativa con cui si fa valere un diritto di impugnativa nascente da un determinato vizio della sentenza (retro, n. 75, e n. 89): onde, se la Corte di cassazione annullasse la sentenza impugnata per un vizio diverso da quello denunciato verrebbe ad attuare un diritto di impugnativa diverso da quello fatto valere, e cadrebbe così in un eccesso di potere (*extra petita*). Tuttavia a questa soluzione di massima, la dottrina ha introdotto una

qualche altra disposizione di legge, hanno carattere *tassativo* (20), onde, anche se si può ciascuno di essi far rientrare nel concetto

---

eccezione, ammettendo che la Corte di cassazione può ritenere d'ufficio motivi di annullamento non denunciati dal ricorrente, quando essi consistano in *violazioni di leggi d'ordine pubblico* (cfr. MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1193 *c*; BORSARI, *Il C. it. PC. annotato*, sull'art. 544, n. 4; DALLOZ, *Rép.* v. « Cassation », n. 1030; si noti che per tali violazioni la dottrina francese fa eccezione anche alla regola della inammissibilità dei *moyens nouveaux*: cfr. GARSONNET, *Traité*, VI, §§ 2347 e segg.). È giustificata questa eccezione? A me sembra risolutamente di no: e ho l'impressione che essa sia una di quelle deviazioni che, accolte una volta dalla dottrina per scarsa valutazione dell'argomento, vi si sono poi mantenute per forza d'inerzia senza che alcuno ne riprendesse in esame l'attendibilità. Se infatti ci domandiamo su che cosa si possa fondare questo preteso potere della Cassazione di elevare d'ufficio i motivi d'ordine pubblico, dobbiamo necessariamente far ricorso a uno di questi due principii: o al principio *Iura novit Curia* per gli *errores in iudicando*, o al principio della ufficialità del potere del giudice di rilevare i difetti del rapporto processuale, per gli *errores in procedendo* (CHIOVENDA, *Principii*, § 47, VI); ma per ciò che riguarda gli *errores in iudicando*, già sappiamo (retro, n. 75), che il principio *Jura novit Curia* non può altro che in limiti ristrettissimi essere invocato in sede di cassazione, dove ogni violazione di legge costituisce il « fatto » che dà luogo all'azione di impugnativa (*causa petendi*); e, in quanto agli *errores in procedendo*, il principio di ufficialità sopra ricordato significa che il giudice può rilevare anche senza istanza di parte i difetti del rapporto processuale *di cui egli è soggetto*, ma non già quelli di un rapporto processuale *diverso*. La regola secondo la quale il giudice deve rilevare d'ufficio alcuni *errores in procedendo* « in qualunque stadio e grado della causa » (per es., articolo 187 CPC), vale finché continua a svolgersi, sia pure in diverse istanze, uno *stesso* processo, il quale, anche se ripartito in fasi che si portano successivamente dinanzi a giudici diversi, ha carattere di unicità finché non sia chiuso dal passare in giudicato della sentenza: onde la distinzione tra vizî rilevabili d'ufficio e vizî rilevabili solo su istanza di parte risorge dinanzi al giudice di secondo grado « poiché questi, trovandosi involto nel rapporto processuale, ha gli stessi poteri che ebbe il giudice nella fase anteriore del suo svolgimento » (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 658); ma questo insegnamento non mi pare che possa aver nessuna relazione col giudizio di cassazione, il quale, come tutti i giudizi rescindenti, costituisce, sia pure innestandosi sul processo di merito, un processo *nuovo e distinto*, e non semplicemente una nuova fase del processo di merito (retro, n. 89 *f*). Non intendo dunque, se nessuno dei due principii surricordati serve a giustificare l'eccezione ammessa dalla dottrina, come possa essa semplicemente giustificarsi per il carattere di « ordine pubblico » delle leggi di cui la Corte di cassazione rileva la violazione: anzitutto si potrebbe obiettare, anche senza spingersi a indagare quale indeterminatezza d'idee mascheri nella pratica questa comoda locuzione di leggi « d'ordine pubblico », che qualunque violazione di legge ha per la Cassazione carattere di ordine pubblico, poiché la stessa istituzione di quest'organo dimostra che il legislatore considera come una minaccia all'ordinamento costituzionale il fatto del giudice che viola la legge *in iudicando*, senza distinguere qual'è il *contenuto*, se d'ordine pubblico o no, della legge violata (logicamente,

generico di inesecuzione (o violazione *lato sensu*) di legge processuale, non si può argomentare da questo che ogni inesecuzione di

---

sotto questo aspetto, ma erroneamente di fronte al diritto positivo, scriveva il DI MAIO in nota alla sent. cass., Roma, 3 nov. 1876 in « Legge », 1876, II, 363 che « è ritenuto da tutti gli scrittori (?) che anche la Cassazione possa annullare d'ufficio una sentenza che viola la legge, essendo di ordine pubblico il rispetto e la retta applicazione della legge, salvo che lo annullamento in tal caso non ha effetto per le parti che dalla sentenza non si son gravate... »: qui evidentemente si equivoca tra la cassazione d'ufficio e la cassazione su ricorso del P. M.): ma anche ammesso che il contenuto della legge violata possa avere delle ripercussioni sui poteri del giudice di cassazione, si può ammettere che basti l'« ordine pubblico » a far dimenticare quel canone cardinale di tutto il processo e di tutto l'ordinamento giudiziario che è la regola *ne eat iudex ultra petita partium*? E si vorrebbe sostenere, ad esempio, che in un giudizio rescindente separato dal rescissorio cui desse luogo una domanda di revocazione basata sul n. 1 dell'art. 494, potesse il giudice rescindere d'ufficio la sentenza in base al n. 5 dell'art. stesso, sol perché ritenesse — come la dottrina tende sempre più a ritenere — che nei giudizi di merito la violazione della cosa giudicata dev'essere rilevata d'ufficio?

Del resto, se si esaminano i giudicati che gli Autori invocano, o potrebbero invocare, in appoggio della rilevabilità d'ufficio in cassazione dei motivi di ordine pubblico, vediamo che, accanto a molte sentenze che non hanno niente a che fare colla questione (cfr. oltre, *sub D*), l'unico motivo che veramente ha formato oggetto di decisioni in questo senso è stato quello della incompetenza assoluta del giudice di merito, che le Corti di cassazione hanno ritenuto di poter rilevare anche se non era stato denunciato dal ricorrente: cfr. Cassazione Roma, 9 dicembre 1887, in « Legge », 1888, I, 506; Cass. Roma, 27 maggio e 13 novembre 1902, in « Cass. unica civile », 1902, 176 e 1903, 3; Cassazione Roma, 14 dic. 1914, in « Foro it. », 1915, I, 144; Cass. Firenze, 25 genn. 1915, in « Ragguagli giuridici », 1915, 195; Cass. Torino, 7 dic. 1915, in « Giur. Tor. », 1916, 200; in questo senso anche qualche decisione in DALLOZ, « Cassation », cit., n. 1830; cfr. anche MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1039. Ma gli argomenti che si portano per sostenere la legalità di questo procedimento non sembrano in verità molto persuasivi, poiché si aggirano di preferenza (cfr. specialmente la citata sentenza 14 dic. 1914 della Cassaz. di Roma) intorno all'art. 187 CPC, rilevando che, siccome la incompetenza assoluta può essere eccepita « in qualunque stato e grado della causa » e deve d'altra parte esser pronunciata « anche d'ufficio », *ergo* deve poterla rilevare d'ufficio anche la Corte di cassazione; con che si viene a dare per dimostrato che il giudizio di cassazione sia, nell'intenzione del legislatore, un « grado della causa » (retro, nn. 85 e 97), e si confonde il potere del giudice di cassazione di rilevare d'ufficio la *propria* incompetenza assoluta col potere di rilevare quella del giudice di merito: né maggior valore mi sembra che abbiano alcune considerazioni tratte dai poteri che competono al giudice di cassazione quando provvede su una domanda di regolamento di competenza, poiché penso che nessuna ragione di analogia possa scorgersi tra questi provvedimenti di natura amministrativa (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 380 e 568), e la funzione puramente giurisdizionale che la Corte esercita quando decide su un ricorso per cassazione. Non mi risulta poi, all'infuori dell'annullamento per incompetenza assoluta, alcun altro caso pratico

legge processuale dia fondamento a cassazione, ma si deve più correttamente argomentare al contrario che *nessuna inesecuzione*

---

di rilievo d'ufficio da parte del giudice di cassazione di vizî non denunciati dal ricorrente: né di *errores in procedendo*, né, *a fortiori*, di *errores in iudicando*.

In conclusione, io penso che, se si vuol rispettare da una parte la struttura propria del giudizio di cassazione, dall'altra il principio di disposizione, si debba ritenere vietato *in ogni caso* al giudice di cassazione il rilievo di vizî della sentenza impugnata non denunciati dal ricorrente. Questo divieto, verrebbe meno, qualora il ricorso per cassazione fosse un mezzo di gravame e il giudizio di cassazione costituisse così una terza istanza della controversia in merito (per il § 515 del *CPO* germanico, edizione originaria, il giudice di revisione doveva infatti rilevare d'ufficio qualunque *error in procedendo* intervenuto nelle fasi anteriori, come insegna ERYTHROPEL, in « Z. », 1881, 128; nell'edizione attuale il § 559 dispone invece, sempre più avvicinando la revisione per vizi di attività ad una *querela nullitatis*, che il giudice di revisione possa tener conto soltanto degli *errores in procedendo* rilevati dal ricorrente). *In iure condendo* è interessante ricordare che il Pr. DE FALCO (Vol. I, n. 271 *h*), art. 16 (seguendo l'esempio dell'art. 132, L. napoletana 29 maggio 1817, sul quale, e sulle sue successive modificazioni, cfr. Vol. I, n. 273, I) disponeva che « il P. M. presso la Corte di Cassazione e la Cassazione stessa possono, relativamente al capo impugnato della sentenza, elevare anche d'ufficio le nullità che derivano da violazione o da falsa applicazione della legge ». Cfr. MATTIROLO, *Trattato*, IV, pag. 1090, nota 3.

D) Non bisogna confondere il potere della Corte di cassazione di rilevare d'ufficio difetti della sentenza di merito non denunciati dal ricorrente, che a mio parere dev'essere in ogni caso negato, col potere della Corte di cassazione di rilevare d'ufficio difetti del giudizio di cassazione, che deve esserle riconosciuto nei limiti in cui è riconosciuto a qualunque altro giudice (cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1054). La confusione tra questi due poteri è frequente: anche il MATTIROLO, *Trattato*, IV, nota 3 a pag. 1088 cita per sostenere la esistenza del primo potere le sentenze: Cass. Firenze, 15 dic. 1887, in « Legge », 1888, I, 368; e 17 agosto 1891 in « Legge », 1891, II, 655; Cassazione Torino, 26 maggio 1891, in « Giur. tor. », 1891, 681, che, tutte, si limitano a riconoscere la esistenza del secondo.

E) Altri principii vigono per la Cassazione penale. Il CPP ora abrogato disponeva all'art. 650 che in caso di condanna a morte (e poi abolita la pena di morte, di condanna all'ergastolo) il difensore doveva ricorrere in cassazione « quando anche il condannato nol volesse ». Se poi il ricorso non fosse stato prodotto dal difensore o fosse stato prodotto non tempestivamente, « il P. M., restando intanto sospesa l'esecuzione della sentenza, manderà d'ufficio gli atti alla Corte di cass., la quale destinerà un avvocato, ed esaminerà i mezzi d'annullamento che egli produrrà, salvo al P. M., presso la Corte di cass., ed alla stessa Corte la *facoltà di elevarne altri d'ufficio* ». È evidente però, che qui entrano in campo considerazioni specialissime, desunte dalla irreparabilità delle conseguenze che avrebbe avuto la sentenza (cfr. SALUTO, *Comm. al CPP*, vol. VII, n. 2245). Anche il nuovo CPP par che consenta al giudice di cassazione la facoltà di elevare d'ufficio i motivi di annullamento. Veramente negli articoli di esso non vi è nessuna disposizione che esplicita-

di legge processuale non compresa in alcuna specie della enumerazione sopra esposta può, di per sé, costituire motivo di cassazione (cfr. però oltre n. 105).

Parrebbe che questo principio non avesse neppure bisogno di essere enunciato, tanto esso è di intuitiva evidenza; tuttavia penso che sia opportuno metterlo nella dovuta luce, poiché la locuzione generica del n. 3 dell'articolo 517 CPC (riferentesi, come vedremo, *esclusivamente* agli *errores in iudicando*) che considera come motivo di cassazione ogni « violazione o falsa applicazione della legge », e l'uso vasto e poco preciso che si fa in pratica della espressione « violazione di legge », adoprata anche nel senso di inesecuzione, inosservanza di un precetto processuale, potrebbe far credere a qualche litigante, bramoso, come tutti i litiganti, di

---

mente affermi questo principio: l'art. 136, secondo il quale certi vizî del processo dànno luogo a una nullità che « non può essere sanata in alcun modo, può essere dedotta in ogni stato e grado del procedimento e deve essere anche pronunciata d'ufficio », al quale fa riscontro il cpv. dell'art. 501, potrebbe infatti essere interpretato nel senso che dinanzi alla Corte di cassazione certe nullità (insanabili) possono essere motivo di ricorso anche se non siano state dedotte dinanzi ai giudici inferiori, ma non già che la Corte di cassazione, la quale non costituisce, neppur nel processo penale, un *grado* (anche nel processo penale il ricorso per cassazione ha la struttura di una azione di impugnativa, e vien qualificato come rimedio eccezionale, straordinario: contro però MANZINI, *Tratt. pr. p.*, II, n. 499 e nota 1, argomentando specialmente dall'art. 133 e 555 CPP, che riconoscono al ricorso in cassazione effetto sospensivo) possa d'ufficio rilevare difetti non dedotti dal ricorrente. Che questo possa è tuttavia ritenuto dalla dottrina: cfr. MANZINI, *ib.*, pag. 635; SACCONE, *Nullità*, cit., n. 117: giustamente però il LUCCHINI (*Il nuovo Codice di PP*, IV, in « Riv. pen. », vol. LXXVIII, pag. 139, e segg.), osserva che con questo sistema l'istituto della Cassazione viene ad essere profondamente snaturato: giova riferire le sue parole (pag. 143): « [La Corte di cassazione] non può, non deve esorbitare dai termini e dai limiti nei quali è provocata la sua funzione dal ricorso motivato di chi le denuncia la sentenza impugnata. Disporre diversamente, significherebbe obbligare la Corte Suprema a esaminare per filo e per segno il merito di ogni procedimento che le venga innanzi per effetto del ricorso, onde accertare se, per caso, vi sieno ragioni ed eccezioni, non prospettate dal ricorrente... Né dovrebbe limitarsi il còmpito della Corte a esaminare così le sentenze e i procedimenti, in caso di solo ricorso discutibile; ma dovrebbe far la stessa cosa rispetto pure ai ricorsi inammissibili... E non è qui tutto. Stabilito che la Corte Suprema deve agire e scrutare di propria iniziativa fra le righe della sentenza e le pieghe del procedimento, perché poi permettere che passino in giudicato delle sentenze ingiuste, sol perché la diligenza dell'interessato non le denuncia? Per cui, a volere esser logici sino all'estremo, si dovrebbe statuire che, vi sia o non vi sia ricorso, la Corte Suprema dovesse vagliare tutte le sentenze di merito in ultima istanza per vedere se sieno o no fondate e giuste ».

(20) MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1028.

trovare ad ogni costo nella sentenza di merito un motivo per denunciarla in cassazione, che quell'*error in procedendo* che non si può far rientrare in nessuno dei numeri dell'art. 517 più sopra analizzati, possa farsi passare impunemente sotto il n. 3 dello stesso articolo, e che, in conclusione, anche la inosservanza dei precetti processuali che non siano posti sotto sanzione di nullità e che abbiano carattere meramente ordinatorio possa costituire quel vizio generale di « violazione di legge » che serve in ogni caso a dare motivo alla cassazione.

A dimostrare la assoluta infondatezza di questa opinione è opportuno mettere a confronto il nostro ricorso in cassazione per *errores in procedendo* colla Revisione germanica e con quella austriaca per gli stessi motivi, e vedere come identici vizî di attività siano considerati nei tre istituti in modo profondamente diverso.

a) Sappiamo dalla Parte storica (Vol. I, n. 218) che anche la *Revision* germanica, quantunque il legislatore abbia tentato di far di essa un istituto omogeneo ed unificato sotto il concetto di « *Verletzung eines Gesetzes* » (§ 549 *CPO*), si scinde non solo attraverso l'analisi dei commentatori, ma anche nella stessa lettera delle disposizioni che lo regolano, in due istituti che hanno caratteri e finalità distinti (Revisione per *error in iudicando* = mezzo di gravame *in iure*; Revisione per *error in procedendo* = *querela nullitatis*) (21). Questa seconda forma di revisione, che rientra anch'essa sotto il concetto generale espresso nel § 549, ha la stessa struttura del nostro ricorso in cassazione, in quanto essa è ormai una azione di impugnativa portata al giudice superiore, col quale l'interessato mira ad ottenere l'annullamento di una sentenza d'appello (§ 564) viziata da difetti processuali da lui specificatamente denunciati (§ 559) (22). Ma nel diritto germanico i difetti processuali che posson dar luogo a revisione non sono tassativamente enumerati, come sono nel nostro diritto i motivi di cassazione: per il § 549 *qualunque* « violazione di legge » (*in procedendo* o *in iudicando*) può dar luogo a revisione, purché su di essa *si basi* (*beruhe*) la sentenza, purché, cioè, vi sia un nesso di causalità tra la violazione e il contenuto della sentenza: onde il ricorrente, quando ritiene che nel procedimento di primo o di secondo grado si sia verificata la inesecuzione di un precetto processuale pur-

---

(21) SONNENSCHMIDT, in « Z. », 1880, pag. 448 e segg.

(22) Diversamente per il § 515 del *CPO*, nella prima edizione, cfr. retro, nota a pag. 250.

chessia, non dovrà, come dovrebbe fare nel nostro diritto la parte che volesse ricorrere in cassazione, assicurarsi che questa inesecuzione rientri tra quelle che la legge considera come motivi di revisione, ma dovrà solo assicurarsi che questa inesecuzione sia *causale* di fronte alla sentenza, poiché, se questa causalità esiste, qualunque *error in procedendo* è sufficiente per ottenere l'annullamento della sentenza. Le disposizioni seguenti del *CPO* limitano, ma non alterano questo principio: il § 551, infatti, enumera una serie di più gravi *errores in procedendo,* per i quali il nesso di causalità tra il vizio e la sentenza è sempre presunto, senza bisogno che il ricorrente lo provi (« Una decisione si deve sempre *considerare come basata* su una violazione di legge: 1° quando... » ecc.); e il § 558 stabilisce che non siano motivo di revisione quelle inesecuzioni di legge processuale, che già dinanzi al giudice di appello la parte non avrebbe potuto rilevare, perché aveva validamente rinunciato al diritto di farle valere, ossia, per adoperare una locuzione nostra, quelle nullità sanabili del procedimento che già siano state effettivamente sanate (23). Questi brevi cenni sono sufficienti a dimostrare che nel diritto germanico la revisione per *error in procedendo* è basata su un principio assolutamente opposto a quello che regge la nostra cassazione: sul principio, cioè, che ogni *inesecuzione di legge processuale, che non sia stata validamente sanata nel giudizio di appello, può di per sé sola costituire motivo di revisione, purché si trovi in nesso di causalità (presunto dalla legge in alcuni casi, effettivo negli altri) col contenuto della sentenza.*

---

(23) La legge tedesca non è molto chiara né molto precisa nel distinguere tra le nullità del procedimento quelle *sanabili* da quelle *insanabili.* Il § 295 si limita a stabilire in qual modo la parte che ha diritto di rilevare la violazione di un precetto relativo al procedimento, può rinunciare a questo diritto e ad avvertire che vi sono dei casi in cui la parte non può rinunciarvi: si distinguono così le nullità in *rinunciabili* (sanabili) e in *non rinunciabili* (non sanabili); ma la legge non dice quando la nullità appartenga all'uno o all'altro dei due gruppi e la dottrina è costretta a chiarire questo articolo dicendo che le nullità non rinunciabili sono quelle che derivano dalla violazione di norme assolute, e che il giudice deve rilevare anche d'ufficio (cfr. Hellwig, *System,* § 173, V). Il § 539 *CPO* distingue poi, agli effetti del rinvio al primo giudice conseguente all'annullamento della sentenza in appello, il caso in cui il procedimento sia viziato da un difetto essenziale (*wesentlichen Mangel*); ma anche qui il significato di questa espressione non è chiarito e dà luogo a incertezze nella pratica e nella dottrina: cfr. Hellwig, *System,* 1, § 238, V, 3, *b,* β (il quale insegna che difetto essenziale non equivale a difetto non rinunciabile); Wach, *Vorträge,* pag. 268; Chiovenda, *Principii,* pag. 666, nota 1.

La enunciazione di questo principio permette di rilevare anche un'altra differenza che passa tra la Revisione germanica e la Cassazione, per la quale in un certo senso il sistema nostro può sembrare meno rigoroso di quello germanico: che, cioè, mentre qualsiasi *error in procedendo*, perché possa dar luogo a revisione, deve trovarsi in nesso di causalità (presunto o effettivo) col contenuto della sentenza, quegli *errores in procedendo* tassativamente considerati dalla nostra legge come motivi di cassazione dànno luogo ad annullamento della sentenza, senza nessuna indagine sul loro carattere di causalità in confronto a questa (24).

b) I motivi per i quali può aver luogo la revisione, secondo il *CPO* austriaco, non sono riassunti sotto un concetto unico, paragonabile a quello espresso nel § 549 *CPO* germanico, ma sono enumerati separatamente nel § 503 che comprende *errores in procedendo* (nn. 1 e 2) ed *errores in iudicando* (nn. 3 e 4) (25). Anche la Revisione austriaca, dunque, si scinde in due forme con funzioni e presupposti ben distinti: e quand'essa è esperimentabile per *error in procedendo*, la sua struttura è in tutto simile a quella di una querela di nullità.

Gli *errores in procedendo* sui quali può esser fondata questa forma di revisione in funzione di *querela nullitatis*, non sono indicati con un criterio unico. Vi è anzitutto un gruppo di nullità della sentenza d'appello, specificate nel § 477, le quali dànno luogo a revisione per il solo fatto che si siano verificate, senza alcuna indagine sull'eventuale nesso di causalità fra esse e il contenuto della sentenza impugnata (§ 503, n. 1): questi *errores in procedendo* si possono paragonare a quelli che la legge germanica nel suo § 551 presume sempre come causali per la sentenza. Ma queste mancanze processuali che producono sempre la nullità della sentenza impugnata non sono i soli *errores in procedendo* che possono dar luogo a revisione: qualsiasi altro difetto del procedimento di seconda istanza, diverso da quelli enumerati nel § 477, può dar luogo a revisione, purché il giudice ritenga che esso sia stato tale da ostacolare una esauriente trattazione e una fondata decisione della controversia (§ 503, n. 2); questi difetti, che costi-

---

(24) Conforme CARNELUTTI, (in « R. d. co. », 1915, I, pag. 801): « La Corte di cass. colpisce l'*error in procedendo* come tale, non in quanto abbia condotto il giudice inferiore all'*error in iudicando* ». Questo principio non è in contraddizione con quanto si è detto retro, n. 100, 2 *A*, *b*), ove si trattava di dipendenza meramente formale (art. 58 CPC) della sentenza dall'atto nullo, nel solo caso contemplato dall'art. 517, n. 1.

(25) Cfr. POLLAK, *System*, II, § 107, IV, pag. 533.

tuiscono motivo di annullamento della sentenza solo in quanto il giudice di revisione scorga in essi un nesso di causalità col contenuto della sentenza, possono a loro volta essere paragonati con quelle inesecuzioni di legge processuale, diverse da quelle enumerate nel § 551, che il *CPO* germanico considera motivi di revisione solo quando sia dimostrato che su esse *si basa* la sentenza impugnata (26).

I criterî adottati in questa materia dalla legge austriaca non sono, come si è visto, molto distanti da quelli seguìti dalla legge germanica: e si potrebbero ripetere qui le osservazioni fatte *sub a* per rilevare la diversità del sistema seguìto dal nostro diritto.

Concludendo, possiamo dire che dal paragone del nostro ricorso in cassazione per vizî d'attività coi sistemi germanico e austriaco di revisione per la stessa categoria di vizî, due criterî si manifestano in conflitto: il criterio di limitare la annullabilità della sentenza a pochi motivi tassativamente enumerati, stabilendo che in questi casi l'annullamento debba avvenire senza bisogno di indagare se il vizio abbia influito sulla giustizia della sentenza; e il criterio di ammettere la annullabilità della sentenza per la inesecuzione di qualsiasi precetto processuale, purché sia provato il nesso di causalità tra il vizio e il contenuto della sentenza (27). Nel nostro diritto processuale (e così in quello francese: cfr. Vol. I, n. 173 in fine, colle note) è prevalso il primo criterio a totale esclusione del secondo; nei diritti germanico e austriaco i due criterî sono contemperati, in quanto il secondo è la regola, mentre il primo è applicato soltanto per le inosservanze di quelle prescrizioni che il diritto positivo considera di vitale importanza per il processo.

102. — L'analisi della struttura processuale e degli scopi propri al ricorso per cassazione per *error in procedendo* può esser condotta parallelamente a quella che a suo tempo già compiemmo per la *querela nullitatis* del diritto intermedio (Vol. I, n. 68); poiché anche qui, in verità, di una vera e propria querela di nullità si tratta (28).

Come la *querela nullitatis* del diritto statutario, il ricorso per cassazione, basato su un diritto di impugnativa, si porta non dinanzi allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza difettosa,

---

(26) Cfr. WEHLI, *Die Cassation in neuen Civilprocess* (« Iur. Blätter », 31 ottobre 1897, pag. 520).

(27) WEHLI, *ibidem*.

(28) Cfr. LEUE, *Ideen*, pag. 128; HOLZSCHUHER, *Rechtsweg*, pag. 508-509.

ma dinanzi a un giudice superiore: ciò peraltro non autorizza a dire che il ricorso per cassazione abbia effetto *devolutivo* (29), poiché esso non porta dinanzi al giudice superiore la cognizione del rapporto controverso dinanzi ai giudici del merito, ma la cognizione di un rapporto nuovo che verte intorno all'esistenza del diritto di impugnativa vantato dal ricorrente.

a) La *causa petendi* sulla quale il ricorrente appoggia la sua azione di impugnativa, è, come si sa, un vizio della sentenza, proprio o derivato, uno di quei vizî d'attività che sopra abbiamo singolarmente esaminati e che possono avere la loro sede originaria in uno qualunque di quelli atti esteriori dai quali il processo di merito è composto: la *causa petendi*, dunque, è costituita da un fatto materiale ed esteriore, qual'è il fatto che una certa attività processuale del giudice o delle parti non si sia svolta come, secondo le norme di diritto processuale, avrebbe dovuto svolgersi. Da questa natura della *causa petendi* derivano due conseguenze.

α) Anzitutto è evidente che il giudice dell'impugnativa, il quale deve limitarsi a ricercare se in quella successione di atti esteriori che costituiscono il processo intervenne il difetto denunciato dal ricorrente, non deve occuparsi affatto della regolarità del procedimento logico che si è svolto nel pensiero del giudice di merito per formare il contenuto della sentenza; ogni indagine sulla *giustizia* della decisione impugnata sfugge al giudice dinanzi a cui si svolge il *iudicium rescindens*: e anche se il vizio di attività fatto valere come motivo di cassazione ha la sua sede nello stadio decisorio del processo di merito, il giudice della impugnativa lo prenderà in considerazione solo in quanto sia la inesecuzione di un precetto regolante lo svolgimento esteriore di questo stadio (es., la inosservanza dell'articolo 357 CPC) o in quanto il vizio sussista per il solo fatto che il giudice di merito abbia giudicato (per es., eccesso di potere), senza indagare se la decisione sia giusta o ingiusta nel suo contenuto.

β) In secondo luogo, se noi analizziamo il procedimento logico che il giudice investito di questo *iudicium rescindens* deve compiere per decidere sul ricorso in cassazione basato su un *error in procedendo*, vediamo che dinanzi a lui si presentano due questioni: *una questione di fatto* (30), relativa alla esistenza nel mondo

---

(29) JAPIOT, *Traité*, n. 1138. Della *querela nullitatis* dicevano i Dottori che « devolvet negotium ad cognitionem iudicis superioris ad instar appellationis »; ma la *querela nullitatis* poteva dar luogo ad un nuovo giudizio di merito dinanzi al giudice *ad quem*: cfr. vol. I, n. 68.

(30) Tutti gli Autori riconoscono che la Corte di Cassazione compie una vera e propria indagine di fatto quando il ricorso si basa sul motivo di incompe-

esteriore di quella circostanza materiale in cui il ricorrente vede un motivo di cassazione (31); una questione di diritto, relativa alla coincidenza tra i caratteri di fatto proprî di questa circostanza accertata, coi caratteri giuridici ipotizzati da quelle norme (art. 517 CPC, ecc.) che stabiliscono quali siano i vizî che dànno luogo a cassazione. Dalla risoluzione affermativa di queste due questioni, il giudice conclude dichiarando esistente una concreta volontà di legge che garantisce al ricorrente l'annullamento della sentenza impugnata: ed esegue, in base a questo accertamento giurisdizionale, l'annullamento al quale il ricorrente ha diritto (32).

b) La pronuncia del giudice di cassazione che accoglie il ricorso ha dunque carattere costitutivo, in quanto produce nel mondo giuridico una variazione in senso negativo togliendo (supposto sempre che si tratti di cassazione totale) non solo ogni efficacia, ma addirittura ogni esistenza giuridica alla sentenza impugnata, la quale si considera d'ora in avanti come *non mai esistita*; mentre, dunque, vi è in origine una essenziale differenza tra la sentenza giuridicamente inesistente e la sentenza annullabile (retro, n. 82), tale differenza sparisce quando l'annullamento di quest'ultima sia pronunciato giurisdizionalmente, il che si esprime dicendo che l'annullamento ha efficacia retroattiva (33), in quanto si hanno come non verificate quelle conseguenze giuridiche che nello svolgimento del processo eransi prodotte per la pronuncia della sentenza ora annullata. Quali sono i limiti di questa efficacia negativa della sentenza di cassazione per *error in procedendo*? Bisogna distinguere varî casi, secondo la sede originaria del vizio in causa del quale la cassazione avviene.

α) Se questo vizio inquina tutto quanto il rapporto processuale di merito dal suo inizio (per es. per incompetenza assoluta

---

tenza (cfr. MORTARA, *Comm.*, II, 294; MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1216); ma giustamente il CHIOVENDA nota che simile indagine di fatto sul rapporto processuale si ha ognivolta che la cassazione è basata su un *error in procedendo* (*Principii*, pag. 1037). Durante i lavori della Commissione di coordinamento, seduta del 5 maggio 1865, un Commissario notava che la Corte di Cassazione quando giudica sulla competenza « viene trasformata in magistrato di terzo grado di giurisdizione » (*Verbale* n. 13, in GIANZANA, II, pag. 91).

(31) Sui poteri istruttorî della Corte di Cassazione per la risoluzione di simili questioni di fatto cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1054; e su quelli che alla Corte competono per le questioni di fatto attinenti al rapporto processuale di cassazione, cfr. LESSONA, *Prove* [3], I, nn. 223 e segg.

(32) Sulla natura di questo annullamento che è la conseguenza del riconoscimento del diritto di impugnativa, cfr. il mio scritto: *Limiti fra giurisdizione e amministrazione*, n. 9.

(33) Cfr. HELLWIG, *System*, § 175, I.

del giudice di primo grado) l'annullamento della sentenza impugnata importa annullamento dell'intero processo e quindi anche della sentenza di primo grado (34).

β) Se il vizio su cui si basa il ricorso ha sede nel giudizio di secondo grado, l'annullamento colpisce anzitutto la sentenza di secondo grado; ma insieme colla sentenza di secondo grado vengono annullate le sentenze e gli atti *posteriori* « ai quali la sentenza cassata abbia servito di base » (art. 543 CPC: cfr. art. 58 CPC); può darsi però che siano annullati (e ciò può avere importanza pratica nel giudizio di rinvio) anche tutti o parte degli atti del giudizio di secondo grado *anteriori* alla sentenza, quando la sentenza sia cassata non per un vizio proprio, ma per un vizio *derivato* (per es., vizio di un atto del procedimento, che importi l'annullamento del medesimo e di tutti quelli che da esso dipendono, tra cui la sentenza: retro, n. 100 *A, b*) (35). In questi casi, qual'è l'effetto dell'annullamento della sentenza di secondo grado sulla sentenza di primo grado? Anche qui bisogna distinguere: β 1) se la sentenza di secondo grado è annullata perché l'appello era inammissibile, la sentenza di primo grado acquista senz'altro efficacia definitiva (36); β 2) se l'annullamento avviene per altro motivo, la decisione di primo grado, che per la emanazione di una sentenza di secondo grado valida aveva perduto ogni possibilità di passare in giudicato, non acquista senz'altro forza definitiva per la invalidazione della sentenza di secondo grado, ma, data la efficacia retroattiva dell'annullamento, riacquista (o, per dir meglio, è come se non avesse mai perduto) la stessa efficacia sospensivamente

---

(34) Questa regola non è scritta in alcun articolo, ma è di evidenza intuitiva; se, ad esempio, si annulla una sentenza di un tribunale che ha deciso come giudice d'appello una questione di valore superiore alle Lire 1500 giudicata in prima istanza da un pretore: riconosciuta la incompetenza del tribunale che è una conseguenza della incompetenza del giudice di primo grado, sarebbe irrazionale ammettere (cfr. testo *sub* β) che l'annullamento della sentenza di secondo grado renda vigore alla sentenza di primo grado ugualmente viziata. Cfr. VENZI, *Cassazione*, n. 89; e il § 583 *CPO* germanico. Nel diritto austriaco ove pure è energicamente accentuato che la revisione può essere esperimentata solo per difetti del giudizio d'appello, onde alcuno ha detto ch'essa non è tanto una terza istanza del processo, quanto una seconda istanza del giudizio d'appello (KLEIN, *Die Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz*, I, A), il § 510 CPO espressamente dispone che se l'annullamento della sentenza d'appello avviene per una nullità incorsa in primo grado, la causa è rinviata al giudice di prima istanza.

(35) Cfr. § 564, capoverso *CPO* germanico; cfr. anche art. 142 CPP, secondo periodo, e CHENON, *Cassation*, pag. 202.

(36) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1059.

condizionata che le era propria prima della emanazione della sentenza di secondo grado (retro, n. 88) (37); β 3) nel caso che la sentenza, costituita da più capi, sia annullata in alcuno dei capi, perché non su tutti fu impugnata o non su tutti fu accolto il ricorso, valgono per essa i principii posti *sub* β 1 e *sub* β 2, nelle rispettive ipotesi, ma limitatamente ai capi annullati o a quelli che ne dipendono (art. 543, cpv., CPC).

c) L'annullamento della sentenza per *error in procedendo*, agli effetti *negativi* di cui finora ho indicato i casi più caratteristici, unisce degli effetti *positivi*, di cui non è inutile dar qui qualche cenno. L'art. 544 CPC, dettando norme speciali per un caso di annullamento per *error in procedendo* (« violazione delle norme di competenza »: retro, n. 100) avverte che in tale ipotesi la Corte « *statuisce su questa* ». Che cosa significa questa frase usata dalla nostra legge? Evidentemente, ogni qual volta la Corte accoglie o rigetta il ricorso, deve per ciò solo « statuire », cioè decidere giurisdizionalmente, sulla esistenza della volontà di legge su cui il preteso diritto di impugnativa si basa. Ma qui la frase contenuta nell'art. 544 vuol dire qualcosa di più: che, cioè, quando la Corte di cassazione annulla per incompetenza del giudice di merito, essa non si limita ad accertare negativamente che esiste il vizio su cui il ricorso si basa, cioè che il giudice, dal quale è stata emanata la sentenza impugnata, era *incompetente*, ma si spinge a ricercare e ad accertare positivamente qual'è il giudice *competente* che avrebbe dovuto giudicare in sua vece (38), in modo che questa decisione chiude definitivamente la questione di competenza e fa sì che il nuovo giudice, da essa dichiarato competente, non possa più dichiarare la propria incompetenza. Giustamente però il CHIOVENDA pone in luce che questo potere di « statuizione » positiva che l'articolo 544 menziona espressamente per il solo caso di annullamento per incompetenza, è in realtà esercitato dalla Corte di cassazione in tutti i casi in cui essa proceda ad annullamento per *error in procedendo*: poiché, ogni qual volta il giudice di cassazione annulla perché riconosce la esistenza di una attività difettosa che sia sufficiente *causa petendi* per l'esercizio dell'azione di impugnativa, viene con ciò a statuire positivamente sul rapporto processuale viziato, ossia a determinare in qual modo avrebbe dovuto svol-

(37) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 398-399; e in senso conforme il mio *Vizî della sentenza e mezzi di gravame*, note 56 e 83; ROCCO U., *Cosa giudicata*, pag. 271, nota 2.

(38) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1037; MORTARA, *Comm.*, II, n. 294, 1°; MATTIROLO, *Trattato*, IV, 1216. Cfr. anche *Relazione* PISANELLI, n. 402.

gersi, per essere regolare e quindi giuridicamente valida, l'attività in occasione della quale il vizio si è prodotto (39). Vedremo fra poco (oltre, n. 109) che quando la Corte cassa per vizio di giudizio, il giudice cui la controversia è rinviata per la nuova decisione, non è tenuto ad uniformarsi a quella interpretazione che la Corte ha dato della norma giuridica costituente la premessa maggiore della sentenza cassata: si può così verificare in questo caso un dissenso sulla interpretazione di una norma giuridica tra la Corte di cassazione e il giudice di merito, che resta libero di seguire nella nuova sentenza la sua opinione. Orbene, questo dissenso non si può verificare quando la cassazione è pronunciata per *error in procedendo*: in questi casi il giudice del *rescissorium*, ossia giudice di rinvio (ove un rinvio abbia luogo), si trova vincolato dalla statuizione del giudice del rescindente che ha riconosciuto il vizio e ha indicato al nuovo giudice la via da seguire *in procedendo*: la decisione sul rapporto sostanziale controverso resta, in caso di primo rinvio, impregiudicata; ma sul rapporto processuale, entro il quale la controversia relativa al rapporto sostanziale si svolge, la pronuncia della Corte di cassazione agisce in ogni caso come decisione di un giudice superiore con effetto positivo (40).

d) Qualora il ricorso per cassazione basato su un *error in procedendo* venga respinto, la sentenza di secondo grado resta in vigore; ma quando questa sentenza viene annullata perché il ricorso è riconosciuto fondato, se il rescindente ha sul rapporto processuale gli effetti negativi e positivi che sopra abbiamo visto, nessun effetto positivo ha sulla decisione del rapporto sostanziale, poiché il giudice di cassazione, come si è veduto, si è limitato finora ad accertare e ad attuare il diritto di impugnativa del ricorrente. Anche qui bisogna distinguere due gruppi di casi.

α) Se l'annullamento della sentenza impugnata è avvenuto per un vizio tale che l'averlo riconosciuto come motivo di cassazione importa, da parte della Corte, la statuizione positiva che né il giudice di merito, di cui è stata denunciata la sentenza, po-

---

(39) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1037, 1060, 1067.

(40) Conseguenza pratica di questo principio è che, quando l'annullamento e il rinvio avviene per *error in procedendo*, non può mai prodursi quella ribellione del giudice di rinvio che è supposta dall'art. 547 CPC (cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1067): se il giudice di rinvio ricadrà in un *error in procedendo*, simile a quello per cui è avvenuta la prima cassazione, la sua sentenza si potrà impugnare (se l'*error in procedendo* non sia la conseguenza di un *error in iudicando*) dinanzi alla stessa Corte di cassazione regionale. Cfr. però Vol. I, n. 176 in nota.

teva, né alcun altro giudice avrebbe potuto, pronunciare, è evidente che coll'annullamento è chiusa ogni possibilità di ulteriore trattazione in merito, poiché il solo fatto di riprendere la trattazione in merito costituirebbe, anche dinanzi a un nuovo giudice, la ripetizione di quel vizio per cui la prima sentenza è stata impugnata. In questo caso ha luogo la cosiddetta « cassazione senza rinvio » ossia il solo *iudicium rescindens* non seguìto dal *iudicium rescissorium*: il fenomeno, se pure ha qui una speciale configurazione che gli deriva dalle forme proprie del giudizio di cassazione, non può dirsi nuovo: poiché anche nel giudizio di revocazione (dove però il *rescindens* si inizia dinanzi al giudice *a quo* e il *rescissorium* può seguire immediatamente nella stessa sede) qualora si faccia valere il motivo di impugnativa accennato nel n. 5 dell'art. 494, all'annullamento della sentenza che viola la cosa giudicata, non segue, e ben si comprende perché, la emanazione di una nuova sentenza sul merito. L'articolo 544 CPC dispone che « il rinvio non è ordinato: 1° quando si cassi la sentenza per il motivo che l'autorità giudiziaria non poteva pronunciare; 2° negli altri casi determinati dalla legge »: da questa disposizione la dottrina trae che la cassazione senza rinvio può normalmente avvenire, oltre che nel caso di cosiddetta incompetenza dell'autorità giudiziaria di fronte all'amministrativa (41), anche in tutti i casi di eccesso di potere, *totale* o *parziale*, *iniziale* o *sopravvenuto* (retro, n. 100), e nel caso di ricorso nell'interesse della legge (42).

β) Se invece l'annullamento avviene per un vizio, il cui riconoscimento in sede di rescindente importi statuizione che nel rapporto controverso di merito avrebbe dovuto decidere un giudice diverso da quello che ha deciso, o che il processo si sarebbe legittimamente svolto dinanzi al giudice che ha pronunciato la sen-

---

(41) Cfr. PISANELLI, *Relazione*, n. 403. In questo caso, CAMMEO, *Interpretazione autentica*, n. 14 *d*. Cfr. § 565, n. 2 *CPO* germanico.

(42) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1034-1035; MORTARA, *Comm.*, IV, 394 (il quale però crede che non possa parlarsi di cassazione senza rinvio nei casi di annullamento parziale per *extra* ed *ultra petita*, appoggiato in questa sua opinione dai lavori preparatorî: cfr. *Verbale* n. 13, 5 maggio 1865, osservaz. n. 3 in GIANZANA, I, pag. 32; MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 117. Il CAMMEO, *Il ricorso alla IV Sezione contro le decisioni delle Giunte provinciali amministrative* (in " Giur. It. », 1911, IV, pag. 205 e nota 66) pone il principio che « l'annullamento di una decisione non è seguìto da rinvio tutte le volte che il rinvio sia superfluo ai fini della funzione giurisdizionale, perché il contenuto della sentenza d'annullamento per i suoi motivi e la sua efficacia non lascia materia alcuna ad un ulteriore giudizio ». Con particolare precisione i casi di cassazione senza rinvio erano specificati nell'art. 19 del Pr. DE FALCO.

tenza annullata ove le disposizioni di diritto processuale fossero state osservate, allora il rescindente, che si limita a toglier di mezzo la sentenza che aveva ormai chiuso la controversia di merito, produce insieme la necessità di una nuova sentenza che prenda il posto di quella annullata: si ha così, come conseguenza dell'annullamento un giudizio di rinvio (*rescissorium*) destinato, per dir così, a colmare per la definizione del rapporto sostanziale il vuoto aperto dal giudizio rescindente. Questo rinvio, ossia remissione della causa a un giudice diverso da quello che ha pronunciato l'annullamento, perché decida nuovamente il merito della controversia che formava oggetto della sentenza annullata, ha regole diverse, secondoché la cassazione ha avuto luogo per incompetenza o per altro *error in procedendo*: nella prima ipotesi la causa è rimandata all'autorità *competente* (art. 544 CPC), la quale, secondo i casi, « può essere la stessa autorità che ha pronunciato la sentenza cassata, o un'altra di ugual tipo, o un'altra di diverso tipo » (43); nella seconda ipotesi (nella quale si ha il vero e proprio « rinvio » in senso stretto) la Corte « rimanda la causa ad *altra* autorità giudiziaria uguale in grado a quella che pronunziò la sentenza cassata, e che sia più vicina alla medesima » (art. 544 cpv. 1°), ossia a un giudice *diverso* dal giudice *a quo*, scelto ad arbitrio dalla Corte. La caratteristica di questo « rinvio » non consiste nella separazione del rescindente dal rescissorio dinanzi a due giudici diversi: questa si verificava nel diritto intermedio, ogniqualvolta il *iudex nullitatis*, dopo aver annullato la sentenza del giudice inferiore per un *error in procedendo* che viziasse l'intero rapporto processuale (nascente cioè *ex fundamento iudicii*: Vol. I, n. 68), non procedeva alla decisione di merito lasciando che le parti rinnovassero il processo dinanzi al giudice *a quo*; e si verifica anche nel nostro diritto quando il giudice d'appello, annullata per incompetenza la sentenza del giudice di primo grado, rimanda le parti dinanzi al giudice competente per la rinnovazione del giudizio (44), o quando lo stesso giudice d'appello, annullando il procedimento di prima istanza per qualche altro *error in procedendo* ad esso inerente, rinvia la causa al giudice *a quo* perché sia rin-

---

(43) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1054. Ad esempio se la Corte di cassazione annulla una sentenza di appello resa su una sentenza di un tribunale incompetente per valore, il rinvio avverrà all'autorità competente a giudicare in primo grado, che potrà essere il pretore.

(44) Art. 493 cpv. CPC. Questo rinvio non ha però il valore di una statuizione sulla competenza obbligatoria per il giudice dichiarato competente, cfr. MORTARA, *Comm.*, II, n. 308.

novata a partire dall'atto nullo (retro, n. 90 *a*; n. 94, I, 1) (45). La caratteristica del « rinvio » pronunciato dalla Corte di cassazione consiste invece in questo: che il giudice, al quale il giudizio rescissorio vien demandato, è sempre un giudice *diverso* da quello che pronunciò la sentenza impugnata. La ragione di questa regola non si vede ben chiara se non si ricorra a considerazioni storiche, che, del resto, sembrano ormai superate e che, anche se non fossero superate, si limiterebbero ai soli casi di cassazione per *error in iudicando* (oltre, n. 108 *d*): se, infatti, quando la cassazione è pronunciata perché la interpretazione giuridica *in iudicando* che sta a base della sentenza di merito è ritenuta erronea dalla Corte, può sembrare utile rinviare la nuova decisione ad altra autorità giudiziaria, affinché questa abbia piena libertà di riesaminare la questione senza prevenzioni e con criteri indipendenti, non si capisce perché non si debba affidare allo stesso giudice *a quo* la ritrattazione di quella causa in cui l'annullamento della sentenza, avvenuto per un *error in procedendo*, ha lasciato pienamente impregiudicato il merito, tanto più quando questo rinvio allo stesso giudice può essere ordinato, come si è veduto, da qualunque giudice d'appello che annulli per qualche vizio processuale la sentenza di primo grado! (46). Sulla natura e sui limiti di questo *iudicium rescissorium* cui dà luogo il rinvio (art. 546 CPC) non posso qui fermarmi: quantunque nei casi in cui la cassazione avviene per *error in procedendo* l'annullamento della sentenza di secondo grado faccia rivivere la sentenza di primo grado (retro, *b*, β), non si può dire che il giudizio di rinvio sia soltanto una rinnovazione del giudizio d'appello; poiché, se il giudizio di rinvio dà luogo a riapertura della fase istruttoria, in esso peraltro possono conservar pieno vigore gli elementi istruttorî già raccolti o le situazioni pro-

---

(45) Su questo appello in funzione di querela di nullità, cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 982; contro, MORTARA, *Comm.*, IV, n. 306.

(46) A quanto scrive il CHENON, *Cassation*, pag. 71, parrebbe che nel Decreto 27 nov. 1790, art. 19-21 (cfr. TARBÉ, *Lois*, 536-538) fosse stabilito che il rinvio a un giudice diverso dovesse aver luogo soltanto quando la cassazione era stata pronunciata per violazione di legge, ché in caso di cassazione per *error in procedendo*, le parti erano rinviate dinanzi agli *stessi giudici*, per ricominciare il procedimento intero o il solo stadio di decisione. Senonché, a detta del TARBÉ, *Lois*, in nota, al n. 538, la frase inserita nell'art. 21, che può far credere alla possibilità di un rinvio allo stesso giudice, fu dovuta ad un errore di redazione rimediato poi con un Decreto 14 aprile 1791.

Per la *Proposta* CHIOVENDA, art. 195 « se il ricorso è accolto per nullità della sentenza o del procedimento, la Corte rinvia la causa all'autorità giudiziaria che ha pronunciato in secondo grado o in primo grado secondo i casi ».

cessuali già verificatesi nel giudizio d'appello, di cui il giudizio di rinvio appare dunque come una *continuazione* (47). L'àmbito in cui deve svolgersi il riesame del giudice di rinvio è, del resto, diverso, secondo i limiti entro cui è avvenuta la cassazione, e anche secondo la sede originaria dell'*error in procedendo* che ha dato luogo all'annullamento; ma di ciò tratteremo ampiamente nella Parte speciale (48).

---

(47) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1064.

(48) Cfr. trattate ampiamente tutte le questioni relative al giudizio di rinvio in PISANELLI, *Comm.*, IV, Tit. I, Capo XIII; MATTIROLO, *Trattato*, IV, nn. 1219 e segg.; Bo, *Del giudizio di rinvio* (Torino, 1901). Le facoltà del giudice di rinvio erano più rigorosamente delimitate dall'art. 15 del Progetto TAIANI, modificato dall'Ufficio Centrale e dall'art. 18 del Progetto ORLANDO: per ambedue questi progetti il rinvio dava luogo ad una rinnovazione della sola fase decisoria. Cfr. *Relazione* premessa al Progetto ORLANDO, pag. 15.

Capitolo X

IL RICORSO IN CASSAZIONE PER VIZI DI GIUDIZIO (ERRORES IN IUDICANDO)

Sommario: 103. Che cosa significa la locuzione « violazione o falsa applicazione di legge » usata dall'art. 517, n. 3: classificazione dei vizi *in iudicando* che rientrano in essa: *A*) Errori di giudizio intervenuti nella premessa maggiore; *B*) id. nella premessa minore; *C*) id. nella conclusione. — 104. Se il ricorso in cassazione ex art. 517, n. 3, si possa fondare sulla violazione di una massima di esperienza: soluzione negativa. — 105. Riassunto della classificazione. — 106. Se il ricorso sia proponibile, ex art. 517, n. 3, per violazione o falsa applicazione *in iudicando* di legge processuale; distinzioni. — 107. Stessa questione per le norme di diritto probatorio. — 108. Analisi della struttura processuale di questa forma di ricorso: *a*) poteri del giudice del rescindente per l'accertamento del vizio; *b*) effetti della cassazione sulla sentenza denunciata: si tratta anche qui di un vero e proprio annullamento; *c*) effetti della medesima sul rapporto sostanziale; *d*) rinvio del rescissorio a un giudice diverso dal giudice *a quo*, e ragione di questa diversità. — 109. Effetto positivo sul rapporto sostanziale della seconda cassazione « per gli stessi motivi »: concorso del giudice di cassazione e del giudice di rinvio alla decisione del giudice rescissorio; esempî storici di concorso di più organi giudicanti alla formazione di una sola sentenza. — 110. Esame di varie teorie per spiegare da che derivi l'efficacia vincolante che ha sul giudice di rinvio l'opinione della Corte di cassazione a sezioni unite: *a*) autorità di cosa giudicata?; *b*) interpretazione autentica?; *c*) subordinazione gerarchica?; *d*) rappresentanza?; *e*) preclusione? Si accoglie quest'ultima teoria. — 111. Ulteriori osservazioni sull'argomento: *a*) in che differisce questa efficacia vincolante relativa alla decisione del rapporto sostanziale dalla statuizione sul rapporto processuale; *b*) come vengono ripartite tra giudice di cassazione e giudice di rinvio le varie questioni da risolvere nel giudizio rescissorio.

103. — La teoria del ricorso in cassazione per *error in iudicando* si basa interamente sul numero 3 dell'art. 517 CPC (sul caso speciale del n. 7 dello stesso articolo, cfr. oltre, n. 114): questa è, anzi, la norma caratteristica che dà una decisa individualità a tutto l'istituto, e che costituisce il punto di partenza di quella distinzione tra questione di diritto e questione di fatto, che ha dato

da fare alla dottrina ogni volta che questa ha cercato di stabilire con precisione entro qual campo dev'esser mantenuto il riesame della Corte di cassazione o di quei supremi organi giudiziarî che in altre legislazioni sono stati istituiti a sua somiglianza (1). La formulazione dei principii che regolano questa materia non sempre perspicua, costituisce senza dubbio uno dei compiti più importanti e più interessanti di questo mio lavoro: ma per rispondere non indegnamente a questo còmpito occorre procedere, se non si vuol costruire sul vuoto, a una lunga serie di pazienti analisi dei casi risolti dalla giurisprudenza, a una minuziosa esemplificazione tratta dalla pratica, che eccederebbe di gran lunga i limiti di questa Parte introduttiva; debbo dunque richiamare anche qui, anzi qui più che altrove, l'avvertimento posto in fine del n. 99.

Per interpretare correttamente il significato dell'art. 517, n. 3 bisogna anzitutto tener per fermo che esso contempla soltanto *errores in iudicando,* vizî di giudizio, ad esclusione di ogni vizio di attività. La intepretazione letterale dell'articolo, che parla di « violazione o falsa applicazione della legge » non sembra rispondere a questa assoluta esclusione degli *errores in procedendo*; se la espressione « falsa *applicazione* di legge » si riferisce, infatti, senza possibilità di dubbio, al solo momento in cui il giudice *giudica* (2), la espressione « violazione della legge » potrebbe, in senso lato, essere tratta anche a indicare qualsiasi inesecuzione di precetti processuali, ossia qualsiasi vizio di attività commesso *in procedendo* dal giudice o dalle parti. Ma, per intendere nel suo giusto significato la formula dell'art. 517, n. 3, bisogna ricordare che essa non è che la parafrasi di formule consimili gradualmente elaborate dalle leggi e più dalla dottrina francesi, e ormai tradizionalmente usate per indicare i soli *errores in iudicando* (3); e bisogna soprattutto ricordare (retro, n. 99) che, se questo n. 3 dell'art. 517 com-

---

(1) Bibliografia sulla distinzione tra questione di diritto e questione di fatto nel diritto germanico e austriaco, cfr. in vol. I, n. 219. Da noi, cfr. il mio scritto *La genesi logica della sentenza civile* (Firenze, 1914) che riassume i termini del problema: e, più recente, CARNELUTTI, *Limiti del rilievo,* ecc.

(2) Lo stesso si può dire per la espressione del *CPO* germanico « wenn eine Rechtsnorm nicht... angewendet worden ist » (§ 550). Cfr. BELING in *Festchrift für* BINDING, vol. II, pag. 133, il quale osserva che questa espressione, corrispondente a quella italiana di « applicare » non vale ad esprimere la inesecuzione di legge commessa dal giudice *in procedendo*; ché, altrimenti si dovrebbe dire che anche l'assassino, uccidendo, non « applica » la legge! Cfr. il mio scritto *Distinzione,* cit., n. 10.

(3) Cfr. vol. I, nn. 180-182; PESCATORE, *Filosofia e Dottrine giuridiche,* I, pag. 442 e seguenti.

prendesse anche le inesecuzioni di precetti processuali, sarebbe superflua la enumerazione tassativa di *errores in procedendo* contenuta negli altri numeri dello stesso articolo (4).

Ciò premesso, e riserbandomi di dimostrare nella Parte speciale per quali ragioni, se si vuol tenere nel dovuto conto le finalità dell'istituto della Cassazione, la parola « legge » usata nell'articolo 517, num. 3, debba intendersi equivalente alla espressione « norma giuridica » (5), poiché per ogni norma giuridica che debba essere applicata dai tribunali dello Stato, sussiste per lo Stato medesimo l'interesse alla sua esatta interpretazione, mi limito qui ad enumerare le varie specie di *error in iudicando* che possono esser comprese nel n. 3 dell'articolo suddetto; anche in questa enumerazione partirò, come ho fatto fin qui dalla Parte storica, dal considerare che il lavoro logico onde nasce la sentenza può essere schematizzato in una serie di sillogismi concatenati, per cui gli *errores in iudicando* eventualmente intervenuti durante questo lavoro possono essere classificati secondo la sede loro (6), secondoché, cioè, essi si siano prodotti nella premessa maggiore, nella premessa minore, o nella conclusione di uno qualunque dei sillogismi concatenati, non solo di quello *finale*, che costituisce la sentenza, ma anche di quelli precedenti, che il CARNELUTTI chiama *strumentali* (7) (cfr. retro, n. 79, II, 2 A).

A) *Errori intervenuti nella premessa maggiore*:

a) Errore sulla validità o sulla esistenza, nel tempo o nello spazio, di una norma giuridica: questo si verifica in tutti quei casi

---

(4) CARNELUTTI, *Limiti*, cit., pag. 806-807: « ...la legge della cui violazione può occuparsi la Corte Suprema, secondo l'art. 517, n. 3, è quella che fu, o doveva essere applicata nella sentenza, costituendo la premessa o una delle premesse maggiori del sillogismo, la cui conclusione ultima si trova nella parte dispositiva; non invece ogni norma di legge che governi l'attività del giudice nella direzione del processo o nella formazione della sentenza » ecc. Cfr. però quanto lo stesso C. scrive in *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura*, n. 10.

(5) Cfr. vol. I, n. 191; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 381-382 e 1024, con accenno alle questioni pratiche più interessanti cui questo principio dà luogo in tema di cassazione: cfr. anche DEGNI, *Interpretazione*, pag. 129-130; e CAMMEO, *Manifestazione di volontà dello Stato*, pag. 106.

(6) Questo criterio di classificazione degli *errores in iudicando* desunto dalla sede da essi occupata nei diversi membri logici della sentenza, che trovasi già accennato in *Genesi logica*, n. 26 e applicato in *Teoria dell'error in iudicando*, n. 12, è stato ora accennato anche da CARNELUTTI in *Limiti*, cit., pag. 801 e seguenti.

(7) *Limiti*, pag. 801.

in cui il giudice ignora l'esistenza o si rifiuta di riconoscere l'esistenza di una norma giuridica in vigore, o considera come norma giuridica una norma che non è più o che non è mai stata in vigore (8). E' questo il caso, in pratica più raro (9), ma in teoria più tipico, della « violazione di legge » in senso stretto: questo caso era designato dal diritto romano come errore *contra ius constitutionis* (vol, I, n. 22), dal diritto intermedio come errore *contra ius in thesi clarum* (vol. I, n. 62), dalle prime leggi francesi sulla cassazione come *contravention expresse au texte de la loi* (vol. I, n. 160). Si ha qui la « negazione diretta del precetto legislativo » (10), il « disconoscimento di una volontà astratta di legge » (11).

b) Errore sul contenuto, sul significato di una norma giuridica: questo si verifica in tutti quei casi in cui il giudice, pur riconoscendo l'esistenza e la validità della norma appropriata al caso, erra nell'interpretarla (« falsa interpretazione di legge ») (12).
La differenza di questa forma d'errore dalla precedente è più dottrinaria che pratica: infatti, anche quando il giudice si inganna sul significato della norma giuridica da lui rettamente scelta, gli effetti di questo suo errore sono simili a quelli che si produrrebbero qualora il giudice ignorasse la esistenza della norma stessa, poiché egli pone come premessa maggiore del suo sillogismo una norma che, a causa della erronea interpretazione, ha un contenuto diverso da quello della norma prescelta, cioè, in sostanza, una norma diversa da quella che egli crede di applicare. La necessità di una distinzione tra questo caso e il caso *sub a* è sorta in quei diritti che riannodavano la gravità dell'*error in iudicando* alla sua evidenza (vol. I, n. 85) o all'intenzione del giudicante (vol. I, n. 161); ma nel nostro diritto, che non tiene più conto né del primo né del secondo elemento, cessa ogni ragione di distinguere tra violazione e erronea interpretazione di legge.

---

(8) Binding, *Grundriss* [5], pag. 267: « eine nicht-Rechtsnorm angewendet worden ist ». Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 1024.

(9) Ma pur possibile: cfr. i casi riferiti da Graziani, *Una disposizione di legge ignorata da due collegi giudicanti* (in « La Temi », 1905, 337 e segg.); e Polacco, *Le cabale del mondo legale*, pag. 164.

(10) Mattirolo, *Trattato*, IV, n. 1030.

(11) Chiovenda, in *Saggi*, pag. 315.

(12) La legge federale svizzera sull'ordinamento della giustizia ha di mira l'errore di interpretazione quando dispone (art. 57) « il diritto federale è violato quando non è stato o non esattamente è stato applicato un principio giuridico contenuto espressamente in una legge federale, o che *da essa si può dedurre* », cfr. Weiss, *Berufung*, pag. 172, n. 3.

B) *Errori intervenuti nella premessa minore*:

a) Errore sulla qualificazione o definizione giuridica della fattispecie concreta: si verifica tutte le volte in cui il giudice, nel compiere la « diagnosi » giuridica (13) dei fatti accertati, erra nello scegliere tra le circostanze di fatto quelle che hanno rilevanza di diritto (estremi della fattispecie: *essentialia negotii*), e nel trarre dalla loro riunione la nozione dell'istituto giuridico, sotto il quale la concreta fattispecie può esser fatta rientrare (14).

b) Errore sul rapporto che passa tra la fattispecie concreta e la norma giuridica: si verifica tutte le volte in cui il giudice erra nello stabilire il rapporto di simiglianza o di differenza che intercede tra la fattispecie concreta giuridicamente qualificata e la fattispecie ipotizzata dalla norma (fattispecie legale) (15). È questo propriamente il vizio che l'art. 517, n. 3 chiama « falsa applicazione della legge » al fatto che, con terminologia tedesca, si usa modernamente designare anche come « errore di sussunzione della fattispecie sotto la norma » (16): per esso gli effetti giuridici, stabiliti in astratto da una norma, nell'ipotesi che si verifichi una certa fattispecie, sono dal giudice attribuiti a una fattispecie concreta diversa da quella prevista dalla norma o non sono attribuiti a una fattispecie concreta simile a quella prevista dalla norma (17).

---

(13) JHERING, *Esprit du droit romain*, III, pag. 7; cfr. DUSI, *Addizione* al 1° vol. del BAUDRY-LACANTINERIE, *Delle persone* (traduzione ital., Milano), pag. 771.

(14) Cfr. *Genesi logica*, § 4. La qualificazione o definizione giuridica dei fatti (CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1027; MORTARA, *Comm.*, IV, pag. 557; MATTIROLO, *Trattato*, vol. IV, n. 1045) è chiamata dai francesi « qualification légale » (o « caractère légal »): cfr. FAYE, *Cassation*, n. 157; CREPON, *Cassation*, III, 1-144; GRASSERIE, *Cassation*, pag. 48 e segg. Per il processo penale, cfr. MANZINI, *Trattato di procedura penale*, II, 502; e CHAUVERON, *De pouvoir de contrôle de la Cours de cassation sur la qualification criminelle*, ivi citato.

(15) Cfr. WACH, *Vorträge*, pag. 286; STEIN, *Private Wissen*, pag. 12; WEISMANN, *Lehrbuch*, pag. 217; STAHL, in « C. A. », LXVII, pag. 98; e *Genesi logica*, § 5.

(16) La diversa terminologia deriva dal considerare lo stesso fenomeno da diversi punti di vista: la nostra espressione considera, per così dire, staticamente il fatto, sul quale la norma è tratta ad adattarsi (« applicarsi »); la espressione tedesca considera staticamente la norma, sotto la quale è attratto (« subsumptus ») il rapporto di fatto. Cfr. SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 334. Sull'errore di sussunzione come motivo di revisione nel diritto tedesco, cfr. vol. I, n. 212. Il WEHLI, in *Fests. für Wach*, I, pag. 2 dell'Estratto, definisce la *Subsumption*, « Unterstellung eines konkreten Tatbestandes unter das Gesetz ».

(17) Ricordo (vol. I, n. 265) che il Codice sardo del 1859 definiva come falsa applicazione quella che si verifica « quando una disposizione generale fu applicata a caso sottratto per legge dal dominio di quella disposizione, o quando una disposizione eccezionale fu applicata a casi a cui non si estende ». L'ar-

La falsa applicazione di legge si differenzia dunque, concettualmente, dalla erronea qualifica giuridica, poiché nella serie di sillogismi strumentali da cui nasce la sentenza, la qualifica giuridica costituisce una operazione mentale preparatoria e precedente a quella di applicazione del diritto al fatto (18); ma in pratica queste due operazioni si fondono in una, poiché, quando il giudice fa la cernita del materiale di fatto per trar fuori da esso gli estremi della fattispecie concreta (qualifica giuridica), ha già presente la fattispecie legale della norma giuridica che ritiene confacente al caso, onde, compiuta la definizione giuridica della fattispecie concreta è per ciò solo anche riconosciuto che essa coincide colla fattispecie legale e che si verificano in concreto gli effetti da quella norma in astratto stabiliti (19).

C) Errori intervenuti nella conclusione:

Ho avuto occasione di affermare incidentalmente, nella Parte storica (volume I), che l'errore nella conclusione consiste di regola non in un errore di diritto, ma in un errore di ragionamento, in quanto il giudice erra nel trarre da premesse corrette una conclusione che logicamente non ne deriva. Tuttavia da qualche Autore si parla anche di un errore di diritto nella conclusione, il quale si verificherebbe quando il giudice, dopo aver correttamente intepretato la norma nel suo significato astratto, e dopo aver correttamente stabilito che la fattispecie concreta giuridicamente qualificata coincide colla fattispecie prevista da una norma giuridica, si astiene poi, al momento di concludere, dal trarre le conseguenze logiche di queste sue premesse, in quanto nella sua decisione non dichiara come verificati quelli effetti giuridici che la norma giuridica attribuisce alla fattispecie. Ciò potrebbe accadere nel processo penale, qualora il giudice, dopo aver ritenuto che il fatto esaurisca gli estremi di un determinato reato, si astenesse dal condannare il reo alla pena che una norma di diritto penale commina per quel reato (20); ma anche nel processo civile

---

ticolo 57 della Legge federale svizzera sull'ordinamento della giustizia dispone espressamente che « ogni inesatta definizione giuridica di un fatto si considera come violazione di legge ». Cfr. WEISS, *Berufung*, pag. 173 e segg.

(18) *Genesi logica*, n. 11.

(19) L'osservazione che mi fa a questo proposito il CARNELUTTI in « R. d. co. », 1915, I, pag. 804-805 è giusta: anch'io, del resto, in *Genesi logica*, n. 11, ho distinto la qualifica giuridica del fatto dalla applicazione del diritto al fatto, da un punto di vista meramente teorico.

(20) BELING, cit., pag. 105-106.

ciò potrebbe accadere (21), poiché ogni norma giuridica, anche se di diritto privato, può essere scomposta in due membri di cui il primo (fattispecie legale) è il condizionante, e il secondo (effetto giuridico) è il condizionato (22). Tuttavia mi sembra che questo preteso errore di diritto nella conclusione possa esser fatto agevolmente rientrare in uno di quelli già sopra esaminati: esso infatti deriva sempre da una erronea interpretazione della norma giuridica (retro A, *b*), in quanto il giudice, pur avendo rettamente inteso il significato di essa nella parte condizionante, ha errato nell'intendere il significato della parte condizionata, che determina gli effetti giuridici attribuiti dalla norma alla fattispecie legale, e ha erroneamente creduto, ad esempio, che il dichiarare come verificati questi effetti giuridici fosse rimesso dalla legge al potere discrezionale del giudice (23).

Riassumendo i varî casi di *error in iudicando* brevemente analizzati fin qui, possiamo da essi concludere che il motivo di cassazione indicato nell'art. 517, n. 3 CPC, comprende *solamente* e *tutti* gli errori di giudizio intervenuti nella risoluzione di una questione di diritto: il che equivale a dire, in conformità colle conclusioni cui giunge la stessa dottrina francese, che sotto le espressioni, usate dall'art. 517, n. 3 CPC, di « violazione o falsa applicazione » di legge, si deve far rientrare ogni errore di diritto (24). A questo principio ormai universalmente ammesso, si può far seguire le seguenti osservazioni.

---

(21) Hellwig, *System*, I, pag. 853. Il Carnelutti, *Limiti*, pag. 801 e pag. 813, classifica tra gli errori relativi alla conclusione del sillogismo anche (anzi, soltanto) l'errore di applicazione; ma mi sembra logicamente più corretto scorgere in questo un vizio relativo alla premessa minore, poiché la falsa applicazione di legge è un errore intervenuto nel *porre* il rapporto di identità o di diversità fra fattispecie concreta e fattispecie legale (premessa minore) non nel trarre da questa *positio* le conseguenze giuridiche. Cfr. questo criterio già applicato in *Genesi logica*, n. 27, e in *Teoria dell'error in iudicando*, nn. 28 e segg. Lo stesso Carnelutti in *Prova civile*, I, pag. 13 afferma che la premessa minore del sillogismo giudiziale è costituita dalla « affermazione della situazione posta nella causa », mentre, a mio modesto avviso, essa è costituita dalla affermazione della coincidenza dei caratteri giuridici di questa situazione coi caratteri giuridici supposti dalla norma (premessa maggiore).

(22) Cfr. Jhering, *Évolution du droit*, cap. VIII.

(23) Sul quale cfr. il mio scritto *Limiti fra giur. ed amm.*, cit., n. 11; *Genesi logica*, n. 23 *d*.

(24) Garsonnet, *Traité*, VI, § 2335. Cfr. vol. I, n. 182. Un'espressione corrispondente a questa concezione ampia dell'istituto è infatti usata per la *Revision* dall'art. 503, n. 4, *CPO* austriaco.

In primo luogo è da osservare che tutte le specie di *error iuris in iudicando* che ho finora enumerate, se possono e debbono essere considerate distintamente non solo per rigore sistematico, ma anche per la necessità pratica di preparare fin d'ora, colla massima precisione delle suddistinzioni teoriche, la risoluzione delle non poche difficoltà che presenta nei casi concreti la delimitazione della *quaestio iuris* dalla *quaestio facti*, possono però d'altra parte esser fatte rientrare con facilità in quell'unico concetto comprensivo di « errore nella interpretazione della legge » che è, in sostanza, il motivo fondamentale di cassazione per *error in iudicando* (25). Abbiamo già veduto, infatti, che sotto il concetto di erronea interpretazione è compresa anche quella « violazione di legge » in senso stretto che ormai, dopo l'evoluzione compiuta dalla Cassazione, non v'è più ragione di considerare come un caso più grave di errore (retro, *sub A, a*); e che l'errore di diritto nella conclusione è, in fondo, un errore di interpretazione di una parte della norma giuridica (retro, *sub C*). Né, d'altra parte, si può dire che una diversità insuperabile passi tra l'errore di interpretazione e l'errore di applicazione della legge, poiché se pure l'interpretazione mira a chiarire il significato astratto, la portata generale della norma, e la applicazione a stabilire il rapporto specifico tra la norma e la fattispecie concreta — tuttavia le due operazioni sono tra loro reciprocamente complementari, poiché non si può applicare la legge al caso pratico se non interpretandola in quella sua parte che stabilisce gli estremi giuridici della fattispecie legale, come non si può interpretarla in astratto se non determinando tutti i possibili casi pratici ai quali la norma stessa si adatta (26).

In secondo luogo è facile rilevare da quanto sopra è stato detto che gli errori di diritto sui quali può esser fondata la cassazione non sono solamente errori in astratto (cioè intervenuti nella premessa maggiore) ma anche errori in concreto (cioè intervenuti nella premessa minore): ossia, in altre parole, che la cassazione può aver luogo non solamente perché il giudice abbia erroneamente risolto una questione giuridica *di massima* (27), ma anche perché

---

(25) PESCATORE, *Sposizione compendiosa*, I, pag. 98: « la violazione e la falsa applicazione della legge si compenetrano e sopra entrambi primeggia la falsa interpretazione ».

(26) HOLDER, *Kommentar zu allgem. Theil des BGB*, pag. 63: cfr. *Genesi logica*, nota 66. Cfr. però WEHLI, in *Festschrift für Wach*, I, pag. 25 dell'estratto.

(27) Una di quelle questioni che il WEHLI chiama « *typischen Rechtsfragen* ».

abbia risolto erroneamente una questione giuridica *concreta* (28); onde cadrebbe in grave inesattezza chi ripetesse per il nostro diritto il principio, vigente in altri periodi della storia processuale per istituti diversi dalla Cassazione, che il ricorso ex articolo 517, n. 3, può essere basato soltanto su un errore di diritto intervenuto nella premessa maggiore del sillogismo (*ius in thesi*). Il che, per altro, non deve far dimenticare, quando non si voglia perder di vista lo scopo fondamentale dell'istituto, che anche la cassazione per erronea applicazione di legge, cioè per un errore di diritto relativo al caso concreto, è stata ammessa perché si è compreso che sotto ogni errore di applicazione si nasconde un errore di interpretazione, e che dal riesame degli errori di diritto intervenuti nella premessa minore la Corte di cassazione può trarre preziosi elementi per giungere a una formulazione sempre più esatta di concetti giuridici astratti e per adempiere in maniera più proficua alla sua funzione regolatrice della giurisprudenza (retro, n. 39).

104. — Le considerazioni svolte nel precedente paragrafo sono sufficienti, mi sembra, per far comprendere che grandemente si ingannerebbe chi credesse di formulare con esattezza i limiti del riesame segnati alla Corte di cassazione dall'art. 517, n. 3, col dire che in base a questa disposizione « può essere motivo di cassazione solamente l'*error in iudicando* intervenuto nella premessa maggiore del sillogismo »; in realtà errori di diritto che rientrino nella espressione di « violazione o falsa applicazione di legge » possono benissimo verificarsi, come si è visto, anche nella premessa minore del sillogismo: onde parrebbe che i limiti del riesame concesso alla Corte di cassazione in tema di *errores in iudicando* potessero essere espressi con maggiore esattezza dicendo che « può essere motivo di cassazione ex art. 517, n. 3 qualsiasi *error iuris in iudicando*, ossia tutti gli errori intervenuti nella premessa maggiore, e, tra gli errori intervenuti nella premessa minore, soltanto quelli che hanno i caratteri di un errore di diritto (retro, n. 103 *B*) ».

Ma, anche questa seconda formulazione non sarebbe esauriente. Quando, per ormai lunga tradizione, si usa ripetere che la sentenza risulta da un sillogismo, di cui la premessa maggiore è la norma giuridica e la premessa minore è il concreto rapporto di

(28) Cfr. WEHLI, *ib.*, § II « *Konkrete Rechtsfragen* ».

fatto (29), ossia in altre parole, si schematizza la genesi della sentenza nella risoluzione di una questione di diritto generale ed astratta (premessa maggiore) e di una questione di fatto singolare e concreta (premessa minore), si cade in una doppia inesattezza: anzitutto perché, come poco fa si è veduto (retro, n. 103), non è vero che la premessa minore contenga solamente la risoluzione di una questione di fatto, mentre proprio nella premessa minore ha sede la più delicata tra le questioni di diritto cioè quella relativa al confronto tra la fattispecie concreta e la fattispecie legale; in secondo luogo perché, come tra poco si vedrà, non è vero che la premessa maggiore (e dicendo *la* premessa maggiore intendo per brevità riferirmi a *una* qualunque delle premesse maggiori dei sillogismi strumentali concatenati nei quali si può scindere, analizzandolo più da vicino, lo schema logico della sentenza) contenga sempre e soltanto la risoluzione di una questione di diritto.

È merito della scienza processuale moderna di aver messo in luce, sulle tracce dello Stein (30), una verità dalla quale sono stati singolarmente chiariti molti problemi relativi alla teoria delle prove e a quella dei mezzi di impugnativa contro la sentenza: si è osservato cioè, che le questioni che il giudice deve risolvere in quella catena di sillogismi attraverso i quali giunge alla sentenza, non si possono in modo assolutamente netto distinguere in questioni di diritto e questioni di fatto, poiché non sempre le questioni che *non* sono di diritto sono per questo questioni di fatto in senso stretto, cioè questioni relative alla esistenza o al modo di essere di un rapporto di fatto *singolo* e *concreto*. Tra le questioni di diritto che sopra abbiamo enumerate (retro, n. 103) e le questioni di fatto *stricto sensu*, vi ha una serie intermedia di questioni (che alcuno ha chiamato questioni di fatto *generali*) (31) relative alla esistenza e alla applicabilità delle cosidette *massime di esperienza*, che, senza essere norme giuridiche, hanno però di queste i caratteri di astrattezza e di generalità (32): onde non è vero che in tutti quanti i sillogismi strumentali che il giudice compie per giungere alla sentenza le premesse maggiori siano costituite da altrettante norme giuridiche, poiché di frequente, così nella valutazione del materiale istruttorio

---

(29) Cfr. da ultimo Rocco U., *Cosa giudicata*, pag. 4.

(30) *Das private Wissen des Richters* (Leipzig, 1893): cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 324 e 1027; Carnelutti, *Prova civile*, pag. 79, nota 2.

(31) Wehli, *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung*, § I, « *Allgemeine Tatfragen* ».

(32) Cfr. i citati alla nota 30; e *Genesi logica*, n. 26.

come nella interpretazione delle norme giuridiche, la premessa maggiore di un sillogismo strumentale è costituita appunto da una massima di esperienza. Deriva da ciò questo corollario: che — come non è vero che tutti gli errori intervenuti nella premessa minore siano errori di fatto — così non è vero che tutti gli errori intervenuti nella premessa maggiore siano errori di diritto, mentre, come si è visto, possono essere *errori contro una massima di esperienza.*

La possibilità di questi *errores in iudicando* che non sono strettamente né di diritto né di fatto, ma che nella classificazione costituiscono, a dir così, una specie di zona grigia intermedia tra le altre due categorie di errori, fa sorgere in relazione all'interpretazione dell'art. 517, n. 3, un interessante problema: se cioè, nella formula di « violazione o falsa applicazione di legge » usata da quell'articolo si possa intender compresa anche la violazione o falsa applicazione di una massima di esperienza.

Il problema, prima che per il nostro diritto, è stato posto per il diritto germanico (33), ove, per altro, il testo delle disposizioni positive del *CPO* può autorizzare, a mio modo di vedere, una soluzione diversa da quella che si deve adottare per la nostra Cassazione. Nell'Ordinanza processuale germanica varî paragrafi sono interessanti per chiarir questo punto: da una parte si hanno i §§ 549-550 dai quali si detrae il principio *positivo* che la revisione si fonda su qualunque « violazione di legge » (§ 549), la quale si verifica quando « una norma giuridica non è stata o non rettamente è stata applicata » (§ 550); dall'altra si ha il § 561, onde si detrae il principio *negativo* che la revisione non può esser fondata su di un errore di fatto, poiché « se il tribunale d'appello ha accertato che una affermazione di fatto sia vera o non sia vera, questo accertamento fa stato [*ist... bindend*] per il Tribunale di Revisione... ». Uguale contrapposizione di norme si ha nel *CPO* austriaco, ove, di fronte al § 503 secondo il quale « la revisione può esser chiesta... 4°) perché la sentenza del tribunale di appello poggia sopra un giudizio della vertenza errato in diritto », si ha il § 498 (che si riferisce al giudizio di secondo grado ma che, per il § 513 può essere in parte applicato anche al giudizio di revisione) secondo il quale « il tribunale di appello [*scil.* di revisione] porrà a base della sua decisione i risultati della trattazione e delle prove accertati negli atti processuali di prima [*scil.* di seconda]

(33) Cfr. vol. I, n. 219. La questione è riassunta con chiarezza da WACH, *Vorträge* [2], pag. 286 e segg.

istanza... » (34). È evidente che in queste sopra citate disposizioni delle legislazioni processuali tedesche, le quali da una parte ammettono la revisibilità di tutte le questioni di diritto, e dall'altra escludono la revisibilità di tutte le questioni di fatto, il problema relativo alla revisibilità delle massime di esperienza può essere risoluto, per via di interpretazione, in due modi: si potrà sostenere, cioè, che il legislatore abbia inteso parificare gli errori contro le massime di esperienza agli errori di fatto per escluderli dalla revisione, o si potrà sostenere invece che il legislatore, per ammetterne il rilievo in sede di revisione, abbia inteso parificarli agli errori di diritto. Tra queste due soluzioni estreme, la scienza tedesca tende a seguire una soluzione intermedia, secondo la quale sarebbe vietato in sede di revisione solamente il riesame di quelle massime di esperienza che hanno servito al giudice di appello per risolvere la questione di fatto e che si fanno rientrare quindi nella disposizione del § 561, mentre l'errore contro le massime di esperienza dovrebbe in ogni altro caso essere assimilato alla violazione di legge e costituire quindi *di per sé* un motivo di revisione ai sensi dei §§ 549-550 *CPO* (35); ma non manca, specialmente nella dottrina austriaca, chi sostiene esser valido motivo di revisione anche l'errore contro le massime di esperienza commesso dal giudice di merito nella valutazione delle prove (36).

Fra le disposizioni del CPC italiano che regolano il ricorso per cassazione, se si ha, nell'art. 517, n. 3, una disposizione *positiva* che si può paragonare a quelle dei §§ 549 *CPO* germanico e 503, n. 4 *CPO* austriaco, non si ha una disposizione *negativa*, che espressamente escluda dal riesame della Corte di cassazione la questione di fatto, paragonabile ai §§ 561 *CPO* germanico e 498 *CPO* austriaco (37); potremo noi, dalla mancanza di questa norma negativa espressa, argomentare che « per questo riguardo la nostra Cassazione permetta un esame più ampio che non la revisione germanica »? (38). La risposta al quesito dev'essere chiesta unicamente all'art. 517, n. 3, interpretato razionalmente *in armonia collo scopo che l'istituto della Cassazione si propone.* Se la locuzione

---

(34) Cfr. KLEIN, *Die Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz*, n. VII, pag. 79. Si confronti anche il § 534 del CPC ungherese.

(35) STEIN, *Private Wissen*, pag. 109 e segg.: SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 804, e, sopratutti, WACH, *Vorträge*, pag. 289.

(36) SEDLÀCÊK, *Die Beweisfrage nach der CPO vor dem obersten Gerichtshofe.* Contro: STEIN (FELIX), *Der Sachverhalt vor der Revisionsinstanz;* KLEIN, scritto citato, in nota 34.

(37) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1029, nota 1.

(38) *Ibidem.*

usata da questo articolo venisse intesa letteralmente, non solo le parole « violazione della legge » potrebbero esser tratte a significare anche qualsiasi *error in procedendo* (retro, n. 99), ma ogni *error in iudicando*, anche consistente *in facto*, potrebbe esser fatto rientrare sotto le parole « falsa applicazione della legge », poiché in senso lato falsa applicazione si ha, come insegna il CHIOVENDA (39) « anche quando si applica una norma a un *fatto inesistente* » (retro, n. 14); non credo tuttavia necessario dimostrare che questa interpretazione letterale, profondamente ripugnante a tutta la storia dell'istituto, verrebbe a trasformare la Cassazione in una *revisio in facto et in iure*, ossia, in sostanza, a distruggerne la originaria ragion d'essere: onde nessuno ha mai dubitato che, quantunque non vi sia nella nostra legge un articolo che escluda espressamente dal riesame della Cassazione le questioni di fatto, tuttavia, per il significato e per la tradizione dell'istituto, non rientri l'errore di fatto *in iudicando* nel concetto di falsa applicazione di legge, espresso nel n. 3 dell'art. 517 CPC. Ma se in questo articolo non rientra l'errore di fatto, per la stessa ragione non deve rientrarvi, secondo il mio modo di vedere, l'errore contro la massima di esperienza, che sia stata male applicata dal giudice di merito nella risoluzione di una questione di fatto: la equiparazione dell'errore contro la norma giuridica all'errore contro la massima di esperienza potrebbe essere giustificata solamente quando, per stabilire quali *errores in iudicando* possono dar luogo a cassazione, non si seguisse quel criterio politico che sta a base dell'istituto, ma si seguisse il criterio della *evidenza* dell'errore, in base al quale, nel diritto intermedio, la querela di nullità per *manifesta iniustitia* fu esperimentabile per tutti quegli errori che il *iudex nullitatis* potesse rilevare col solo aiuto delle sue nozioni generali, senza bisogno di speciali indagini istruttorie sul rapporto controverso (40) (vol. I, nn. 66 e 85); ma se si tengono presenti

---

(39) *Ib.*, pag. 1024 Nello stesso senso STEIN, *Private Wissen*, pag. 109, dice che, se non ci fosse la norma negativa del § 561 *CPO*, la norma positiva del § 549 sarebbe applicabile « anche quando una norma giuridica non è stata applicata, quantunque esistessero i suoi presupposti di fatto, o fu applicata, quantunque non esistessero ». Così STAHL in « C. A. », LXVII, pag. 95. Il WACH, invece, *Vorträge*, pag. 289, ritiene (e, a parer mio, giustamente) che la *sedes materiae* per determinare i limiti della revisibilità sia il § 550 *CPO* (già 512) non il § 561 (già 524), che si riferisce ai fatti concreti, costituenti premesse minori del sillogismo, non alle premesse maggiori, come sono appunto le massime di esperienza, di cui qui si discute.

(40) A questo criterio ricorre infatti il CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1028 quando afferma che il giudizio di fatto relativo a circostanze impossibili è censurabile

le ragioni politiche sulle quali anche nel nostro diritto si appoggia l'istituto della Cassazione (retro, Capitoli II-IV), non sembra che sussista, per la corretta interpretazione ed applicazione delle massime di esperienza in sé considerate, un interesse pubblico pari a quello che lo Stato ha per la esatta ed uniforme interpretazione giurisprudenziale delle norme giuridiche.

Per questo io sono tratto a confermare la mia opinione, già da tempo manifestata (41), che nel nostro diritto non possa costituire valido motivo di cassazione la violazione di una massima di esperienza in cui il giudice sia incorso nella risoluzione della questione di fatto (42); con ciò non escludo, in conformità alla opinione intermedia seguìta dalla scienza germanica, che la violazione di una massima di esperienza possa dar luogo a ricorso in cassazione, ogni qualvolta si tratti di una massima di esperienza della quale il giudice si sia servito per interpretare la norma giuridica o per compiere la qualifica giuridica dei fatti accertati: ma in questi casi la cassazione avverrà non già perché sia stata violata *in sé* una massima di esperienza, ma perché la violazione di essa costituisce in sostanza un errore di diritto contro la norma giuridica a intergrazione della quale la massima era stata adoperata (43).

105. — Riassumendo le considerazioni svolte nei due precedenti paragrafi, possiamo dunque dire che gli « strumenti logici » (44) di cui il giudice si serve per costruire la catena di sillogismi onde ha origine la sua sentenza sono di tre specie: *norme giuridiche, massime di esperienza, giudizî di fatto;* dalla combinazione di questi tre elementi (di cui i due primi hanno logicamente il carattere di giudizî *generali ed astratti,* mentre i giudizî di fatto

---

in cassazione « essendo dato a tutti e quindi anche alla Corte Suprema, di giudicare se un fatto in date circostanze può essere accaduto o no ». Cfr. anche in questo volume, retro, n. 17 *b*, 18.

(41) *Genesi logica,* nota 110.

(42) Contro: CHIOVENDA, *Principii,* pag. 1028. Nel mio stesso ordine di idee è CARNELUTTI, *Limiti,* cit., specialmente pag. 811-812, del quale nel testo ho utilizzato in parte le argomentazioni.

(43) Cfr. CARNELUTTI, *Prova civile,* pag. 79, nota 2 e gli scrittori ivi citati, ai quali *adde* HELLWIG, *System,* pag. 419 e 677. In questo senso anche, per il diritto federale svizzero, WEISS, *Berufung,* pag. 249; tuttavia ammette poi l'appello al tribunale federale per violazione delle massime di esperienza nella risoluzione della questione di fatto, in quanto fa rientrare questa violazione nel concetto di *Aktenwidrigkeit,* la quale è però *espressamente* considerata come causa d'appello al tribunale federale dall'art. 81 della Legge federale: cfr. WEISS, pag. 267 e segg.

(44) Cfr. specialmente SCHMIDT, *Lehrbuch,* § 52.

sono sempre *speciali e concreti*) risulta che le premesse dei sillogismi costituenti la sentenza possono essere:

a) nelle *premesse maggiori*:

α) giudizî generali ed astratti sulla esistenza o sul significato di norme giuridiche;

β) giudizî generali ed astratti sulla esistenza o sul significato di massime di esperienza;

b) nelle *premesse minori*:

α) giudizî speciali e concreti sulla esistenza o sul modo di essere di un fatto;

β) giudizî speciali e concreti sul rapporto che passa tra un fatto e una norma giuridica;

γ) giudizî speciali e concreti sul rapporto che passa tra un fatto e una massima di esperienza;

δ) giudizî speciali e concreti sul rapporto che passa tra una norma giuridica e una massima di esperienza.

Orbene, se in ciascuno di questi giudizî logici è possibile che si produca un *error in iudicando* (a prescindere dal vizio di ragionamento di cui oltre, n. 114), non tutti questi errori sono indistintamente rilevabili in cassazione ex art. 517, n. 3. Sotto questa disposizione rientrano infatti:

1) tutti gli errori di diritto, senza distinguere se la loro sede sia in una premessa maggiore o in una premessa minore (retro: *a*, α; *b*, β e δ);

2) gli errori contro le massime di esperienza, solo in quanto vertano sulla esistenza o sul significato di una massima di esperienza che serva a interpretare una norma giuridica (nel qual caso l'errore *sub a*, β = l'errore *sub a*, α) o a meglio chiarire il rapporto tra la norma giuridica e il fatto (nel qual caso l'errore *sub a*, β = l'errore *sub b*, β), o in quanto vertano sul rapporto che passa tra una massima di esperienza e una norma giuridica (*sub b*, δ);

3) gli errori sulla esistenza o sul modo di essere di un fatto, (*sub b*, α), ma soltanto quando attraverso la risoluzione della questione di fatto il giudice mira a stabilire se esista una norma giuridica (nel qual caso l'errore *sub b*, α = l'errore *sub a*, α) (45).

---

(45) Ciò si verifica quando il giudice cade in errore non nella interpretazione, ma nella *percezione* della norma giuridica: cfr. CARNELUTTI, *Limiti*, n. 5; STEIN, *Private Wissen*, pag. 106. Questo errore di fatto, che si risolve in un errore di diritto, è specialmente possibile quando il giudice deve applicare norme giuridiche straniere o consuetudinarie (retro, n. 79, II, 2 *A*, *a*, *a*[1]): cfr. CARNELUTTI, *Prova civile*, pag. 14, nota 1.

Tutti gli altri *errores in iudicando* che non rientrano nelle ipotesi sopra enumerate non possono, a mio avviso, costituire motivi di cassazione: vedremo una applicazione di questa opinione più avanti (n. 121), quando, parlando della estensione data in pratica alla cassazione per « travisamento », per erronea interpretazione dei negozî giuridici, per errore contro il fatto notorio, considererò tutti questi casi come indizî della *tendenza della Cassazione ad avvicinarsi al sistema, tradizionale in Italia, della Terza istanza.*

106. — Abbiamo fin'ora supposto, trattando separatamente della cassazione per *error in procedendo* e di quella per *error in iudicando,* che il vizio, sul quale il ricorso si basa, si presenti con caratteri ben definiti, che permettano di classificarlo senza esitazioni nell'una o nell'altra delle due categorie sopra considerate. Senonché ho già accennato alla possibilità di vizî che abbiano, per così dire, natura duplice, in quanto risultino dalla somma di un vizio di attività con un vizio di giudizio da esso derivato (retro, n. 80, 4): il ricorso per cassazione che sia fondato su uno di questi vizî complessi, dovrà considerarsi come basato su un *error in procedendo* o come basato su un *error in iudicando*? Risponde il Chiovenda (46) che « in questo caso il difetto non cessa di esser difetto d'attività e si applicano le regole a questo relative ».

Questo insegnamento si riferisce, evidentemente, a quei vizî di attività che costituiscono di *per sé stessi* un motivo di cassazione (retro, n. 100); in simili casi la qualità di *error in iudicando* si presenta come accessoria e non altera la causa della impugnabilità: se il giudice, per dichiararsi competente, avrà erroneamente interpretato una norma di diritto processuale relativa alla competenza, la sua sentenza sarà impugnabile in cassazione per incompetenza (retro, n. 100, 1 *A*), non per falsa interpretazione di legge; se il giudice avrà nella sua sentenza respinto un'eccezione di nullità essenziale, fraintendendo il significato della frase « che ne costituiscono l'essenza » usata dall'art. 56 CPC, il ricorso per cassazione contro la sentenza dovrà basarsi sul n. 1, non sul n. 3 dell'artic. 517 CPC. Ma si possono presentare dei casi in cui si abbia ugualmente, come nella ipotesi precedente, la somma di un vizio di attività con un vizio di giudizio, ma in cui, a differenza di quanto abbiamo precedentemente supposto, il vizio di attività non sia uno di quelli, tassativamente enumerati dalla nostra legge (retro, n. 101), che costituiscono *di per sé* motivo di

---

(46) *Principii,* pag. 1030.

cassazione: in simili casi la sentenza viziata da uno di questi errori « complessi », che non rientra tra i motivi di cassazione *in procedendo*, potrà essere impugnata in cassazione ex art. 517, n. 3 per « violazione o falsa applicazione di legge » processuale? Questo problema, si noti, non è per niente risolto dai principii posti (retro, nn. 99 e 103), secondo i quali la *semplice* inesecuzione di legge processuale non costituisce « violazione o falsa applicazione di legge » nel senso in cui queste espressioni sono usate nel suddetto n. 3 dell'art. 517; qui, al contrario, si tratta di inesecuzioni di legge processuale che siano *anche* « violazione o falsa applicazione » di *legge processuale in iudicando*.

È noto che nel corso del processo, prima che il giudice sia in grado di emanare la sentenza di merito, occorre spesso risolvere una o più questioni di diritto processuale, le quali si riducono in sostanza alla interpretazione di una norma che regola la condotta del giudice o delle parti nel processo. Molte volte queste questioni sono risolte senza bisogno che intervenga una pronuncia giurisdizionale, perché le parti o il giudice interpretano direttamente la norma processuale che credono adattata al caso, e agiscono in conformità: in tali ipotesi, se la norma è stata fraintesa, non si avrà un « vizio di giudizio » in senso tecnico, ma semplicemente un vizio di attività (47). Ma quando, invece, sulla interpretazione da darsi a una norma processuale, sorga conflitto tra le parti, il giudice sarà costretto, prima di procedere, a compiere, in una sentenza interlocutoria o nella stessa sentenza di merito, un vero e proprio *giudizio* (in senso tecnico) sulla esistenza di una concreta volontà di legge processuale: e siccome in questo giudizio egli potrà ricorrere in uno di quegli *errores in iudicando* (violazione in senso stretto, erronea interpretazione, falsa applicazione di legge *processuale*) che sono compresi nel n. 3 dell'art. 517, potrà darsi che la sua sentenza, ove concorrano le altre condizioni di impugnabilità, diventi denunciabile in cassazione per *error in iudicando*, quantunque l'*error in procedendo* derivante dal vizio di giudizio non rientri tra quei vizî di attività tassativamente enumerati dalla legge, che possono, *di per sé*, costituire motivi di cassazione. Si pensi, ad esempio, ad una sentenza incidentale, colla quale il giudice, nel dissenso delle parti, abbia ordinato la unione di due cause (art. 31 R. D. 31 agosto 1901), che egli ha considerate « connesse »; se questa sentenza incidentale è confermata in appello, potrà la sentenza di appello esser denunciata in

(47) Cfr. il mio scritto *Distinzione*, ecc., n. 6.

cassazione ex art. 517, n. 3 per erronea interpretazione dell'art. 31 suddetto, dal ricorrente che ritenga avere il giudice applicato *in iudicando* un concetto giuridico della « connessione di causa » diverso da quello voluto dalla legge.

La denunciabilità in cassazione ex art. 517, n. 3 delle sentenze che hanno per oggetto una concreta volontà di legge processuale non può, del resto, essere dubbia quando questa volontà di legge concerna le parti (48); in questo caso, infatti, il giudice compie una vera e propria attività giurisdizionale, del tutto simile a quella che compie quando accerta la esistenza di una concreta volontà di legge *sostanziale,* che garantisce un bene a uno dei contendenti. Ma anche quando il giudice, nella discordia delle parti, afferma o nega in una sentenza l'esistenza di una volontà di legge di cui egli stesso è destinatario, mi sembra che non si possa negare contro questa sentenza il ricorso in cassazione per erronea interpretazione di legge processuale, quando la inesecuzione di legge, dipendente dall'error di giudizio, non sia di per sé stessa impugnabile come vizio di attività. La profonda differenza che passa tra il caso in cui il giudice decide su una volontà di legge concernente le parti e quello in cui decide su una volontà di legge concernente lui stesso (49), non toglie che anche in questo secondo caso sussista l'interesse sociale alla esatta, e sopratutto, alla uniforme interpretazione giurisprudenziale della legge: anzi, proprio nel campo del diritto processuale questo bisogno della *uniformità,* magari a detrimento della stessa *esattezza,* della interpretazione e dell'applicazione giudiziaria della legge, è più urgentemente sentito che nel campo del diritto sostanziale: « l'*unità della applicazione* nella legge formale è più necessaria che in ogni altra — scrive il Chiovenda (50) —, è la suprema esigenza d'ogni sistema giudiziario ».

Tenendo conto dunque, anche qui, dello scopo fondamentale cui risponde l'istituto della Cassazione (51), credo che si possa formu-

---

(48) Chiovenda, *Principii,* pag. 379, II *a.*

(49) Chiovenda, *Principii,* pag. 379-380; § 78; cfr. il mio scritto *Limiti fra giur. ed amm.,* n. 4.

(50) *Le forme nella difesa giudiziale,* n. 16 (in *Saggi,* pag. 221); *Principii,* pagina 132: « Una esigenza affatto speciale della legge processuale sarebbe la *unità* della sua interpretazione: la incertezza e la mutabilità in questo campo ha gli svantaggi e non i vantaggi che può avere in altri campi », cfr. ivi, nota 2.

(51) Quando nel corso del processo il giudice si trova dinanzi ad un concreto precetto processuale di cui egli stesso sia il destinatario, può darsi che lo esegua

lare questo principio, il quale del resto viene seguìto costantemente dalla pratica giudiziaria: che *quando una sentenza sia viziata da una inesecuzione di legge processuale, che si presenti contemporaneamente come vizio di attività e come vizio di giudizio, può essere impugnata in cassazione ex art. 517 n. 3 per « violazione o falsa applicazione » di legge processuale, solamente quando la inesecuzione di legge processuale da cui è viziata non sia uno di quei difetti d'attività che possono di per sé stessi costituire motivo di cassazione in base a uno degli altri numeri dello stesso art. 517 CPC.* (Cfr. retro, n. 101) (52).

107. — Una fondamentale importanza hanno nel processo le norme di *diritto probatorio,* cioè le norme che regolano l'onere, l'ammissibilità, l'assunzione, la valutazione della prova (53): è opportuno stabilire se, in sede di cassazione, la violazione (in senso lato) di una di queste norme sia da considerare come un *error in iudicando* o come un *error in procedendo,* poiché dal considerarla in un modo o in un altro possono derivare, come si è visto, importanti differenze pratiche (retro, n. 101 e n. 105).

---

senz'altro, nel silenzio e magari all'insaputa delle parti; e può darsi che prima di eseguirlo, avendo le parti sollevato formale incidente sulla esecuzione o sul modo di esecuzione, debba stabilire in una sentenza interlocutoria in qual modo egli intende svolgere la propria attività su quel punto. In ambedue i casi il giudice, per determinare la sua condotta, deve compiere, come ogni uomo normale che ragiona prima di agire, un giudizio in senso logico, il quale però non è un giudizio in *senso stretto* (su una volontà di legge concernente le parti), e non diventa tale neppure quando il giudice, invece di compierlo implicitamente come nel primo caso, lo esprime solennemente in una sentenza (cfr. MENESTRINA, *La pregiudiciale,* pag. 50-51). La ragione per cui io ammetto che si possa ricorrere in cassazione, ex art. 517, n. 3, nel secondo caso e non nel primo, non deriva dal ritenere che la inesecuzione di legge processuale che può verificarsi in questo secondo caso sia, intrinsecamente, diversa da quella che si può verificare nel primo; ma deriva dal considerare che in questo secondo caso esiste — come non esiste nel primo — una sentenza nella cui motivazione è pubblicamente riferita quella erronea interpretazione giuridica che ha guidato il giudice ad agire contro il precetto processuale, onde si ha qui la fonte, che nel primo caso non si trova, di una giurisprudenza aberrante sul significato di una norma processuale.

(52) Una notevole caratteristica dell'appello al Tribunale federale del diritto svizzero (vol. I, n. 239) è che esso è ammesso soltanto per violazioni di leggi *sostanziali* civili; esso non ha dunque funzione di unificare la interpretazione del diritto processuale, del che si intende il motivo quando si pensi che il processo è regolato in Svizzera da leggi cantonali (cfr. WEISS, *Berufung,* pagina 4 e segg.).

(53) Sulla natura di queste norme cfr. CHIOVENDA, *Principii,* pag. 122 e segg.

È indubitabile che in quella serie di atti esterni dai quali è costituito il processo (retro, n. 78), una parte notevole, anzi di solito preponderante, è tenuta dai procedimenti probatorî (54), che si svolgono attraverso un seguito di attività del giudice e delle parti, minutamente regolate dal diritto processuale: qualora, nello svolgimento di queste attività probatorie, il giudice o le parti incorrano nella inesecuzione di qualche concreto precetto processuale, si produrrà un *error in procedendo,* non diverso da qualsiasi altro vizio di attività intervenuto nella fase istruttoria del procedimento (retro, n. 79, I, 2), che sarà denunciabile in cassazione solo in quanto possa farsi rientrare nel n. 1 dell'art. 517 CPC (55).

La questione non è però altrettanto semplice quando si tratti non già di norme che disciplinino lo svolgimento esterno del procedimento probatorio, ma le norme che regolino l'onere della prova o che pongano limiti al formarsi della percezione e della convinzione del giudice sui fatti controversi (56). I processualisti tedeschi considerano anche le violazioni di queste norme come semplici *errores in procedendo* (57); mentre la dottrina italiana (58), sulle traccie di quella francese (59) vede in esse dei veri e proprî *errores*

---

(54) CHIOVENDA, *Principii,* § 60.

(55) Es. art. 234 CPC « ... sotto pena di nullità », Cfr. CARNELUTTI, *Limiti,* il quale insegna (pag. 812) che la sentenza è denunciabile in cassazione per *error in procedendo* ex art. 517, n. 1, « quando il giudice non abbia osservato le norme giuridiche impostegli per la percezione dei fatti da provare o delle fonti di prova ».

(56) CHIOVENDA, *Principii,* § 59, I; CARNELUTTI, *Prova civile,* n. 5.

(57) SCHMIDT, *Lehrbuch,* § 126, I, 2, *a,* β; HELLWIG, *System,* § 239, III, 3 *a* (ambedue questi Autori considerano come *errores in procedendo* commessi in singoli atti del procedimento, la inosservanza delle regole sull'onere della prova, sulla prova legale, ecc.). Prima dell'ultima riforma, il § 554 *CPO* considerava espressamente come *error in procedendo* il caso in cui « dei fatti fossero stati illegalmente accertati, tralasciati, o ammessi come provati ». Invece nel diritto austriaco si ritiene in prevalenza che la inosservanza delle regole sulla prova legale rientri come *error in iudicando* nel § 503, n. 4 (STEIN, in « Jur. Blätter », 1900, pag. 387; KLEIN, in « Gerichts Zeit. », 1899, pag. 78, nota 10 ed ivi letteratura); POLLAK, *System,* II, § 107, pag. 531.

(58) LESSONA, *Prove,* I, n. 367 (3ª ed.); MATTIROLO, *Trattato,* IV, n. 1044; MORTARA, *Comm.,* IV, n. 357; il CHIOVENDA non si pronuncia esplicitamente, ma, dal fatto che egli ammette la cassazione per errore contro le massime di esperienza in cui il giudice sia incorso nella valutazione delle prove, mi sembra che *a fortiori* egli debba ammettere la cassazione per violazione di norme di diritto probatorio, ex art. 517, n. 3.

(59) Cfr. JAPIOT, *Traité,* pag. 687, 2°; GARSONNET, *Traité,* VI, § 2342.

in iudicando, denunciabili in cassazione come casi di erronea interpretazione di legge. E, in verità, questo secondo modo di considerarle appare più razionale: poiché tutte le regole che sono restate nel nostro processo come traccie del sistema della *prova legale*, a limitare la libertà del giudice nell'ammettere i mezzi di prova e nel valutarne le risultanze, non sono dirette a disciplinare l'attività esterna del giudice nel procedimento, ma a guidarlo in quel lavoro logico attraverso il quale si forma nel suo pensiero la sentenza. Le norme di diritto probatorio che comandano al giudice di non tener conto della prova testimoniale al disopra di un certo valore, o di considerare come pienamente provati i fatti risultanti da un atto pubblico, non si rivolgono al giudice in quanto agisce, ma in quanto *giudica*: e se pure, a differenza di quanto accade per le norme di diritto sostanziale che il giudice deve applicare al rapporto controverso, le concrete volontà di legge nascenti dalle norme processuali in materia di prova hanno per destinatario il giudice, tuttavia in quella serie di ragionamenti che egli compie *in iudicando* esse costituiscono le premesse maggiori dei sillogismi « probatorî » (60), onde il giudice che non le osservi cade in un vizio di giudizio denunciabile in cassazione ex art. 517, n. 3 (61). Se dunque, a mio parere, non può essere motivo di cassazione l'errore contro una massima di esperienza in cui il giudice sia incorso nel valutare l'attendibilità di una prova (retro, n. 104), tuttavia anche nella risoluzione della questione di fatto il giudice può cadere in un *error in iudicando* denunciabile in cassazione, quando si inganni sulla esistenza, sul significato, o sulla applicabilità di una di quelle norme processuali che costituiscono il sistema della *prova legale* (62).

---

(60) CARNELUTTI, *Limiti*, pag. 807-812.

(61) Si ha qui infatti quella che il CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1029, chiama « applicazione [di legge] ad un fatto che non risulti correttamente accertato ». Anche le norme giuridiche che ripartiscono l'onere della prova si possono riannodare al sistema della prova legale: cfr. KOHLER, *Zivilprozessrecht*, § 55; CHIOVENDA, *Principii*, § 55, VII.

(62) Il Codice di proc. civ. ungherese del 1911, § 534 ammette che i fatti accertati nella istanza inferiore possano essere impugnati in revisione in tre casi: 1° quando l'accertamento è stato compiuto attraverso una scorretta applicazione o inosservanza di una regola di diritto; 2° quando è stata compiuta una deduzione di fatto evidentemente erronea (errore contro le massime di esperienza in sede di prova); 3° quando l'accertamento è in contraddizione col contenuto degli atti (cfr. § 503 *CPO* austriaco, n. 3: *Aktenwidrigkeit*). Cfr. art. 81 della Legge federale svizzera, notando che se al Tribunale federale sono sottratte le questioni di diritto processuale, la dottrina ritiene tuttavia che ad

108. — Come già facemmo per il ricorso in cassazione basato su un *error in procedendo* (retro, n. 102) occorre ora esaminare brevemente la struttura processuale del ricorso per cassazione basato su un *error in iudicando*, soffermandoci principalmente su quei punti che mostrano delle notevoli divergenze dai caratteri proprî all'altra forma di ricorso.

La divergenza fondamentale, della quale tutte le altre non sono che corollarî, consiste nella natura del vizio che dà luogo a cassazione, il quale, mentre è sempre nel caso precedente un vizio di attività, è qui sempre un *vizio di giudizio*. Anche per questa forma di ricorso è opportuno un richiamo storico alla *querela nullitatis* per *manifesta iniquitas* ovvero per *notoria iniustitia*: non già perché il ricorso in cassazione ex art. 517, n. 3 si possa considerare come derivato da essa (vol. I, n. 278, 4), ma perché essa costituisce un singolare precedente del fenomeno, tipicamente rappresentato da questa forma di ricorso in cassazione, per cui un vizio di giudizio viene equiparato, nei suoi difetti sulla validità della sentenza, a un vizio di attività, e al pari di questo considerato causa di *annullabilità del giudicato* (retro, n. 83 *c*). Già nel diritto romano incontrammo un caso, in cui alla regola, secondo la quale sulla validità della sentenza non influisce la ingiustizia del suo contenuto, si faceva eccezione, dietro considerazioni di opportunità politica, per la sentenza data *contra ius constitutionis* (vol. I, n. 22), che si considerava giuridicamente inesistente al pari di una sentenza viziata da un *error in procedendo*; ma nel diritto intermedio questa parificazione tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando* si andò estendendo, dietro il principio che « *notoria iniustitia et nullitatis fraternizent* » fino a trasformare la querela di nullità in un mezzo larvato per ottenere una revisione del contenuto del giudicato (vol. I, n. 67).

Qualcosa di simile accade oggidì, sia pure in base a considerazioni assolutamente diverse da quelle del diritto intermedio (retro, nn. 17-18), per il nostro ricorso in cassazione fondato su un *error in iudicando*: il quale è una vera e propria azione di impugnativa, colla quale il ricorrente mira ad ottenere l'annullamento di una sentenza, il cui contenuto sia viziato da un errore (*in iudicando*) di diritto; non diversamente si è dovuta considerare come un'azione di impugnativa, eccezionalmente esperimentabile per un errore (*in iudicando*) di fatto, la revocazione ex art. 494, n. 4 CPC (retro, n. 95, 2 *b*).

---

esso si possa appellare per violazione di norme giuridiche relative all'onere della prova e al tema della prova: cfr. WEISS, *Berufung*, pag. 234 e segg.

Anche il ricorso in cassazione per « violazione o falsa applicazione » di legge *in iudicando* dà luogo, dinanzi a un giudice superiore, a un *iudicium rescindens*, oggetto del quale non è il rapporto controverso di merito, ma un rapporto nuovo, relativo al diritto di impugnativa vantato dal ricorrente: esaminiamo in che cosa questo *iudicium rescindens* differisce da quello cui dà luogo il ricorso in cassazione per vizio di attività.

a) *Petitum* dell'azione di impugnativa è anche qui, come nel caso di ricorso basato su un *error in procedendo*, l'annullamento della sentenza impugnata (retro, n. 102 *a*); ma è diversa la natura dalla *causa petendi*, poiché, anziché su un vizio esteriore di costruzione processuale, il ricorso si basa qui su un vizio del ragionamento logico, attraverso il quale si è formato il contenuto della sentenza; da questa differenza derivano le seguenti conseguenze.

α) Al contrario di quanto si è osservato per l'impugnativa fondata su un vizio di attività (retro, n. 102 *a*, α), il giudice di cassazione non deve qui limitarsi a controllare la regolarità estrinseca del procedimento svoltosi dinanzi al giudice di merito, ma deve invece riesaminare la correttezza del *giudizio* da questo compiuto: non la regolarità delle attività processuali è dunque oggetto delle sue indagini, ma la giustizia del contenuto della sentenza. Da questa affermazione non si deve però dedurre che il giudice di cassazione, in questo caso, riesamini direttamente e interamente il rapporto controverso che è stato deciso dalla sentenza impugnata: esso lo riesamina non già per ricercare quale avrebbe dovuto essere in concreto, tenute presenti tutte le ragioni di diritto e di fatto, la decisione del merito della causa, ma solamente per cercare, attraverso la rappresentazione schematica della genesi della sentenza che è costituita dalla motivazione, se il giudice del merito sia incorso in quel difetto di giudizio, sul quale il ricorrente ha basato la sua azione di impugnativa. Il giudizio rescindente, dunque, non ha, in questo caso, scopo diverso da quello che esso ha quando il ricorso è basato su un vizio di attività: esso mira, anche qui, ad accertare se esiste nel ricorrente l'azione di impugnativa, e non concerne la esistenza dell'azione intorno alla quale si è svolto, nelle istanze già esaurite, il giudizio di merito; ma per raggiungere questo scopo, il giudice di cassazione deve passare attraverso il riesame del contenuto della decisione di merito, *nei limiti in cui questo riesame, che ha qui carattere strumentale e non finale, serve ad accertare l'esistenza del vizio di giudizio su cui si fonda il diritto di impugnativa del ricorrente.*

β) Analizzando il procedimento logico attraverso il quale il giudice di cassazione giunge ad accertare che esiste nel ricor-

rente il vantato diritto di impugnativa (retro, n. 102 *a*, β), vediamo che anche, quando il ricorso sia basato su un *error in iudicando*, due sono le questioni che il giudice deve risolvere prima di concludere: e cioè una *questione di fatto* (se esista nella sentenza impugnata l'errore di giudizio denunciato dal ricorrente) ed una *questione di diritto* (se la fattispecie concreta, cioè l'errore di giudizio esistente, abbia i caratteri giuridici della fattispecie legale, cioè di quel concetto di « violazione o falsa applicazione di legge », al quale l'art. 517 n. 3 ricollega come conseguenza il sorgere nell'interessato di un diritto di impugnativa). Fin qui, dunque, il parallelismo col *iudicium rescindens* cui dà luogo il ricorso basato su *error in procedendo* sembra perfetto; senonché la divergenza apparisce chiara, quando si fermi l'attenzione sulla natura di quella che ho chiamato anche qui « questione di fatto »: in verità, se nella ipotesi di ricorso fondato sopra un vizio di attività, la questione di fatto verteva sulla esistenza o sul modo di esistere di un evento materiale ed esteriore, quale poteva essere una attività processuale non svoltasi secondo i precetti processuali, qui la questione cosidetta « di fatto » si aggira intorno ad un evento (errore di giudizio) che si è svolto nel pensiero del giudice di merito, e si riduce in ultima analisi ad essere anch'essa una mera questione di diritto, poiché, se nell'errore di giudizio denunciato dal ricorrente il giudice di merito è incorso mentre ragionava sul significato e sulla applicabilità della norma giuridica al fatto accertato, decidere se veramente questo errore esista equivarrà a interpretare nel suo esatto significato la norma da lui male applicata, ossia a risolvere una vera e propria questione di diritto. Cosicché, in questo caso, il giudice di cassazione non dovrà ricostruire storicamente, magari anche attraverso una istruttoria (63), fatti esteriori che siano avvenuti durante lo svolgimento del processo di merito, ma dovrà fare la critica del contenuto della sentenza per accertare: 1° se il giudice di merito sia incorso *in iudicando* in un errore di diritto, 2° se questo errore di diritto rivesta gli estremi voluti dall'art. 517, n. 3 CPC: dalla risoluzione affermativa di queste due questioni di diritto il giudice trarrà la conseguenza che il ricorrente ha diritto a ottenere la cassazione, ed eseguirà l'annullamento, come lo eseguirebbe se il vizio denunciato fosse un *error in procedendo*.

b) Da quanto sopra si è detto risulta che il giudizio cui dà luogo un ricorso basato su un *error in iudicando* non differisce dal giudizio cui dà luogo un ricorso basato su un *error in proce-*

(63) Cfr. n. 102 *a*, α, nota 31.

dendo se non per la diversità del campo in cui, nei due casi, deve svolgere la sua indagine il giudice di cassazione: ma, quando questa indagine nell'un caso o nell'altro abbia portato a risultati positivi, cioè alla affermazione del diritto di impugnativa, gli effetti di questo accertamento sono identici, poiché, senza più distinguere ormai la natura del vizio che costituisce la *causa petendi*, il riconoscimento del diritto di impugnativa porta in ambedue le ipotesi all'*annullamento* della sentenza impugnata (retro, n. 102 *b;* oltre, n. 112). I limiti dell'annullamento derivante ex art. 517, n. 3 sono in generale più ristretti di quelli entro i quali l'annullamento si estende quando deriva dai motivi contemplati negli altri numeri dello stesso articolo: il vizio di giudizio, infatti, ha sede sempre nella fase decisoria del processo, e porta quindi, di regola, alla invalidazione della sola decisione (e degli atti posteriori secondo l'art. 543 CPC), senza toccare gli atti anteriori del procedimento; ciò non esclude, però, che anche l'annullamento per « violazione o falsa applicazione di legge » possa produrre la invalidazione di procedimenti probatorî o di altri atti anteriori alla sentenza, nei casi in cui la norma violata o falsamente applicata dal giudice di merito sia una norma di diritto processuale (retro, nn. 105, 106).

c) Abbiamo veduto (retro, n. 102 *c*) che quando la cassazione sia pronunciata per un vizio di attività, l'annullamento della sentenza impugnata importa anche una positiva statuizione sul rapporto processuale, alla quale il giudice di rinvio resta vincolato; la decisione della Corte di cassazione sulla concreta esistenza dell'*error in procedendo* e sulle conseguenze giuridiche che ne derivano sulla validità del rapporto processuale ha qui carattere positivo e definitivo, poiché il giudice di rinvio non può riprendere in esame la questione processuale risolta nel *iudicium rescindens*, pur essendo libero di decidere *ex novo* la questione sostanziale di merito, che il giudice di cassazione ha lasciata assolutamente impregiudicata. Insegna la dottrina che questo effetto positivo di statuizione vincolante il giudice di rinvio non si produce quando la cassazione avviene per violazione o falsa applicazione di legge (64): bisogna però guardarsi dal credere che l'insegnamento significhi che, in questo caso, possa essere rimessa in discussione dinanzi al giudice di rinvio la esistenza di quella concreta volontà di legge processuale, per la quale è stato riconosciuto il diritto di impugnativa del ricorrente: anche qui si deve dire, al contrario, che,

(64) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1060; MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1266.

nei limiti di questa questione, il giudice di cassazione « statuisce », poiché nel *iudicium rescissorium* il giudice di rinvio, se è libero di pronunciare una nuova sentenza che abbia un contenuto perfettamente uguale a quella cassata, non può peraltro tornare a giudicare se la sentenza cassata doveva o non doveva essere annullata e ritenere che non esista la concreta volontà di legge per cui la Corte ha accolto l'azione di impugnativa del ricorrente. La mancanza di « statuizione » positiva, che la dottrina giustamente rileva in questo caso, si riferisce, invece, all'accertamento di quell'errore di diritto *in iudicando* sul quale il giudice di cassazione ha ritenuto fondarsi in questo caso il diritto di impugnativa: quando l'annullamento avviene per un *error in procedendo,* l'esistenza di questo vizio è ormai definitivamente stabilita anche per il giudice di rinvio (onde, per esempio, non potrebbe il giudice cui la causa è rimessa dalla Corte di cassazione in seguito ad annullamento della precedente sentenza per incompetenza del giudice *a quo,* ritenere che il vizio di competenza riconosciuto dalla Corte non esiste, e dichiararsi a sua volta incompetente); invece quando l'annullamento avviene per *error in iudicando,* il giudice di rinvio, pur essendo vincolato alla sentenza della Corte che accerta ed attua il diritto di impugnativa del ricorrente, non è obbligato, nella nuova decisione di merito (*iudicium rescissorium*) ch'egli è chiamato a pronunciare, a riconoscere come erronea la interpretazione di legge in cui la Corte di cassazione ha ravvisato quel vizio di giudizio senza il quale il diritto di impugnativa vantato dal ricorrente non avrebbe avuto fondamento. Né costituisce una contraddizione in termini affermare che il giudice di rinvio sia vincolato dalla decisione della Corte di cassazione che riconosce fondata l'azione di impugnativa, e ammettere d'altra parte che il giudice di rinvio possa porre a base della decisione di merito la stessa interpretazione di legge che la Corte di Cassazione ha considerata erronea, e negare con questo implicitamente l'esistenza di quell'errore di diritto che dell'azione di impugnativa costituisce il fondamento: è noto, infatti, che il *iudicium rescindens,* quantunque formalmente innestato nel processo di merito, è in realtà un processo ben distinto da questo, poiché l'azione di impugnativa che costituisce oggetto del *iudicium rescindens* non ha niente a che vedere coll'azione fatta valere nel giudizio di merito, di cui il *iudicium rescissorium* costituisce una fase; la Corte di cassazione compie il riesame del giudizio di merito solo nei limiti in cui esso le serve ad accertare la fondatezza dell'azione di impugnativa (retro, in questo numero, *a, α*), mentre il giudice di rinvio esamina *ex novo* direttamente la questione di merito, per decidere in diritto

e in fatto la fondatezza dell'azione intorno alla quale si è svolto il processo nei due gradi precedenti: nulla di strano dunque vi è nel fatto che la stessa questione di diritto sia risoluta diversamente in processi distinti da due giudici che la esaminano a effetti totalmente indipendenti, e che il secondo giudice possa nel giudizio di merito a lui commesso seguire come corretta la interpretazione che la Corte ha censurata, pur senza rimettere in discussione la fondatezza della azione di impugnativa, sulla quale esso non è chiamato a decidere. In altre parole, la Corte di cassazione si addentra a riesaminare la decisione di merito solamente in quanto possa trarre da questo riesame delle conseguenze relative al *rapporto processuale* (invalidazione dell'atto che pone fine a questo rapporto); mentre il giudice di rinvio, pur dovendo accettare la statuizione che la Corte ha ormai compiuto sul rapporto processuale, è assolutamente libero, nel decidere il *rapporto sostanziale*, di non accettare le premesse da cui il giudice di cassazione è partito per accertare l'esistenza di quel vizio di giudizio, che eccezionalmente la legge considera capace di influire sulla validità del giudicato (retro, n. 83 *c*).

d) La cassazione della sentenza di merito per « violazione o falsa applicazione di legge » dà luogo, senza eccezioni, a un giudizio di rinvio dinanzi « ad altra autorità giudiziaria uguale in grado a quella che pronunziò la sentenza cassata » (art. 544 CPC), al quale si possono in gran parte applicare le osservazioni già fatte a proposito del rinvio che segue alla cassazione per *error in procedendo* (retro, n. 102 *d*, β). L'origine del principio, che dal diritto francese è passato al nostro diritto, secondo il quale il giudice di rinvio, anche se la cassazione è avvenuta per *error in iudicando*, è assolutamente libero di porre a base della nuova decisione in merito una concezione giuridica opposta a quella da cui la Corte di cassazione è partita nel *iudicium rescindens*, risale al periodo storico ormai superato in cui la Corte di cassazione era considerata come un organo non giurisdizionale (vol. I, n. 177); conseguenza di questo principio è quella disposizione dell'art. 544 (illogicamente estesa anche ai casi di rinvio per *error in procedendo*: retro, n. 102 *d*, β) secondo la quale l'autorità giudiziaria di rinvio non può mai essere la *stessa* che pronunciò la sentenza cassata: si è voluto infatti, affidando il *iudicium rescissorium* ad una autorità giudiziaria *diversa*, impedire che la libertà di decisione lasciata al giudice di rinvio portasse in ogni caso a una conferma della sentenza cassata, come sarebbe quasi sempre avvenuto se il *iudicium rescissorium* fosse stato riportato dinanzi allo stesso giudice dal quale fosse stata pronunciata la precedente sen-

tenza di merito. La miglior prova che la *diversità* del giudice di rinvio è una specie di correttivo pratico alla *indipendenza* di decisione che gli è concessa, è questa: che nelle legislazioni in cui si ammette, all'opposto, che il giudice di rinvio sia obbligato a uniformarsi alla opinione giuridica del giudice superiore, il rinvio avviene sempre allo *stesso* giudice che emanò la sentenza impugnata (65).

109. — La sentenza di merito emessa dal giudice di rinvio nel *iudicium rescissorium* può essere a sua volta impugnata in cassazione: e se i motivi sui quali il nuovo ricorso si fonda sono gli stessi per cui fu cassata la precedente sentenza, questo deve essere portato, come sappiamo dalla Parte storica (vol. I, n. 268 *s*), alla Corte di cassazione di Roma, che « pronunzia a sezioni unite » (art. 547 CPC). La regola poco fa esaminata (retro, n. 107), per cui, quando il ricorso si basa sull'art. 517, n. 3, l'opinione giuridica che la Corte di cassazione segue nel *iudicium rescindens* non vincola il giudice di rinvio nel *iudicium rescissorium*, non trova applicazione quando « la seconda sentenza sia cassata *per gli stessi motivi* per cui fu cassata la prima »: in questo caso stabilisce l'art. 547 cpv. che « l'autorità giudiziaria a cui è rinviata la causa deve *conformarsi alla decisione della Corte di cassazione sul punto di diritto sul quale ha pronunciato* » (66). Per l'analisi delle complicate vicende attraverso le quali questa regola si è formata nel diritto francese da cui è passata nel nostro, rimando alla P. storica (vol. I, nn. 186-188); qui cade invece opportuno considerare come questa regola modifica profondamente, nei casi in cui è applicabile, lo scopo e la struttura del ricorso per cassazione, sì da fare del ricorso *per gli stessi motivi* alle Sezioni unite, in caso di *ribellione* del primo giudice di rinvio (67),

---

(65) Cfr. *CPO* germanico, § 565; *CPO* austriaco, § 510; *CPC* ungherese, § 543. Anche il Progetto ORLANDO, art. 18, stabiliva che il giudice di rinvio dovesse sempre uniformarsi alla decisione della Corte di cassazione, e parallelamente disponeva che il rinvio dovesse sempre avvenire allo *stesso* giudice che aveva pronunciata la sentenza cassata. In Piemonte, il R. Editto 30 ottobre 1847, art. 19, stabiliva che il rinvio avvenisse allo *stesso* magistrato; ma fu poi modificato dalla L. 31 marzo 1854 (vol. I, n. 265, 2, 3).

(66) Cfr. art. 2, L. 1° aprile 1837 in Francia (vol. I, n. 188); L. 7 luglio 1865 nel Belgio (vol. I, n. 226); e LAURENT, *Principes de droit civil français*, I, n. 285; art. CLVII del *Motuproprio* toscano 6 agosto 1838 (vol. I, n. 264, 2); CPC sardo del 1859, art. 593 (vol. I, n. 265, 4).

(67) Su questa terminologia, cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1069.

una figura processuale ben diversa dal primo ricorso alla sezione civile, fin qui esaminato. È necessario fissare qui con precisione in che cosa consiste questa diversità.

Abbiamo lungamente analizzato, nel numero precedente, la struttura del ricorso per cassazione, basato sull'art. 517, n. 3; ed abbiamo dimostrato che, se eccezionalmente con esso un vizio di giudizio vien fatto valere come causa di annullabilità del giudicato nel *iudicium rescindens*, la circostanza che per accertare l'esistenza di questo vizio il giudice di cassazione deve compiere un parziale riesame del contenuto della sentenza impugnata non ha nessuna conseguenza sul *iudicium rescissorium*, nel quale il giudice di rinvio gode della più ampia libertà di decisione di fronte alla controversia di merito, pari a quella che godrebbe di fronte a questa controversia ove l'annullamento fosse avvenuto per un *error in procedendo*. Ben diversamente si svolgono le cose nel caso che qui esaminiamo: poiché qui i risultati di quel riesame del giudizio di merito che il giudice di cassazione compie nel *iudicium rescindens* al fine principale di accertare se l'azione di impugnativa vantata dal ricorrente sia fondata, devono essere, per dir così, utilizzati anche nel *iudicium rescissorium* dal giudice di rinvio che è obbligato a porli a base della nuova decisione di merito, Qui, dunque, la decisione del giudice di cassazione ha una doppia funzione: anzitutto essa mira ad accertare se il ricorrente abbia diritto ad ottenere l'annullamento della sentenza impugnata; e in secondo luogo essa mira a fornire al nuovo giudice di rinvio degli elementi per la decisione di una controversia assolutamente distinta da quella che direttamente è stata risolta nel giudizio di cassazione. Il nuovo *iudicium rescissorium*, dunque, non si svolge qui nella sua interezza dinanzi al giudice di rinvio, ma risulta dalla somma di elementi diversi, in parte forniti dal giudice di cassazione e in parte costruiti direttamente dal giudice di rinvio: onde, poiché qui la pronuncia del giudice di cassazione ha anche degli effetti positivi sulla decisione del merito (come mai accade nel caso di primo ricorso: retro, n. 107 *c*), si può dire che quella pronuncia contiene anche una frazione del *iudicium rescissorium*, ossia che il *iudicium rescissorium* si inizia dinanzi allo stesso giudice investito del *iudicium rescindens*, per compiersi dinanzi a un giudice diverso (68).

---

(68) CHIOVENDA, *Principii*, pag.398, insegna genericamente che « in un certo senso l'attività della Cassazione *combinata* con quella del giudice di rinvio costituisce una forma di terza istanza ». VIERHAUS, in « Z. », V, pag. 229: « La sentenza di revisione (*Revisionsurtheil*) e la sentenza successiva del giudice

Se cerchiamo di schematizzare in una formula la « divisione di lavoro » attraverso la quale il giudice di cassazione e il giudice di rinvio cooperano a formare la nuova sentenza di merito, possiamo dire che l'elemento *imperativo* è totalmente rilasciato al giudice di rinvio, mentre l'elemento *logico* è costruito in parte dal giudice di cassazione (risoluzione della questione di diritto: oltre, n. 110) e in parte dal giudice di rinvio (risoluzione della questione di fatto e conclusione) (69).

La storia del processo ed anche le legislazioni attualmente in vigore ci offrono cospicui esempi di cooperazione di più organi giudiziarî alla formazione di una sola sentenza (70): tali esempî si possono raggruppare sotto due tipi:

a) può accadere che da un organo provenga l'elemento logico, da un altro l'elemento imperativo della sentenza: il caso più evidente di questo fenomeno è nella contrapposizione, propria all'antico processo germanico, tra *Richter* ed *Urteiler* (71); ma anche nel nostro diritto si trova un caso chiarissimo di analoga separazione, nel rapporto che passa tra l'arbitro, che prepara il contenuto logico della futura sentenza, e il giudice (Pretore: art. 24 CPC), che trasforma il lodo in sentenza, aggiungendovi l'elemento imperativo (72);

b) può darsi altresì che più organi concorrano alla costruzione delle diverse premesse logiche che stanno a base della stessa sentenza: che, ad esempio, l'organo che risolve la questione di diritto sia diverso da quello che risolve la questione di fatto (73). Ciò accade nel processo penale, quando, col sistema della giuria, il giudice togato applica la legge al fatto accertato dai giurati (74);

---

di appello compongono insieme la sentenza sul merito (lett: *auf die Revision*), poiché soltanto riunite sono in grado di porre una nuova decisione al posto della prima sentenza d'appello impugnata ». (Si noti però che il V. non distingue tra mezzo di gravame e azione di impugnativa, e considera pertanto la revisione come una azione di impugnativa, il che non è esatto: oltre, n. 113).

(69) Sul reciproco giuoco di questi due elementi nella decisione, cfr. MENESTRINA, *La pregiudiciale*, nn. 6-9.

(70) Diverso è il fenomeno della divisione del ragionamento sul merito di una stessa controversia, in una serie di decisioni emananti dallo stesso giudice: cfr. MENESTRINA, nn. 15-19.

(71) Vol. I, nn. 38-39; MENESTRINA, *ib.*, n. 8; CHIOVENDA, *Principii*, § 20, V *b*.

(72) Cfr., per ultimo, CARNELUTTI, *Arbitrato estero* (in « R. d. co. », XIV [1916], I, pag. 374 e segg.), n. 7.

(73) Per il concorso di privati alla costruzione delle premesse logiche della sentenza, cfr. MENESTRINA, pag. 83-85.

(74) I quali però compiono anche un giudizio di diritto in quanto compiono la qualifica giuridica dei fatti. Cfr. *Genesi logica*, n. 27.

qualcosa di simile avviene nel processo civile germanico e austriaco, quando il giudice di revisione, compiuto il riesame della questione di diritto e trovando la causa matura a decisione, pronuncia la sentenza, traendola come conclusione dalla premessa di diritto che egli stesso ha costruita e dalla premessa di fatto che è stata costruita dal giudice di seconda istanza (§§ 562, cpv. e 565 cpv. 2°, n. 1, *CPO* germanico; §§ 498, [513] e 510 *CPO* austriaco).

Il rapporto che passa nel nostro diritto tra il giudice di cassazione e il giudice di rinvio quando si verifica la ipotesi dell'articolo 547 cpv., rientra in questo secondo tipo. Peraltro, per ciò che attiene all'*elemento imperativo,* vi è una differenza in confronto ai due esempî sopra citati (*sub b*): infatti mentre in quelli, cronologicamente, la risoluzione della questione di fatto è compiuta prima della risoluzione della questione di diritto, in modo che spetta all'organo che risolve la questione di diritto trarre la conclusione dagli elementi logici ormai completi e ad essa dare il carattere imperativo di sentenza, nel caso nostro la risoluzione della questione di fatto segue nel tempo a quella della questione di diritto, onde soltanto l'organo incaricato di costruire la premessa di fatto, cioè il giudice di rinvio, che si trova a conoscenza di tutte le premesse necessarie per concludere, è in grado di aggiungere alla conclusione quell'elemento imperativo che le dà il carattere di giudicato.

110. — Resta però da chiarire in che cosa consista l'efficacia vincolante che, nel caso sopra esaminato, ha di fronte al giudice di rinvio la decisione « sul punto di diritto » emessa dal giudice di cassazione: efficacia vincolante che nel nostro diritto (75) e in tutti quelli che hanno accolto la Cassazione nella forma ch'essa ha nel diritto francese (76), si fa sentire soltanto ove si verifichi un secondo rinvio per gli stessi motivi, mentre nel diritto germanico, e in tutti quelli che da esso hanno imitato l'istituto della Revisione, si fa sentire senza eccezioni ogni qualvolta il giudice di revisione rinvii la decisione sul merito al giudice di appello (77).

---

(75) Per il diritto degli Stati italiani precedenti all'unificazione, cfr. retro, n. 109, nelle note.

(76) La locuzione usata dal nostro art. 547 CPC è una traduzione di quella della L. francese 1° aprile 1837, la quale stabiliva che il giudice di rinvio « se conformera à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour ». Da questa legge sono derivati gli art. 1-3 della Legge belga 7 luglio 1865 e gli altri articoli delle leggi italiane precedentemente citate.

(77) *CPO* germanico, § 565, cap. I°; *CPO* austriaco, § 511; CPC ungherese,

La spiegazione del fenomeno, sul quale anche i nostri più recenti processualisti hanno fermato la loro attenzione (78), può essere tentata da diversi punti di vista.

a) La prima idea che si presenta come più naturale e più semplice è quella di identificare l'efficacia vincolante della decisione di cassazione sul punto di diritto colla autorità della cosa giudicata: il giudice di rinvio si troverebbe, così, dinanzi a un vero e proprio « giudicato sul punto di diritto » che egli sarebbe obbligato a rispettare. Questa concezione si trova accolta non solo nella Motivazione dell'Ordin. processuale civile germanica (79) e in quella della Legge federale svizzera 22 marzo 1893 (80), ma è di frequente riaffermata dalla dottrina francese (81), e recentemente da noi è stata consacrata legislativamente nell'art. 532 cpv. del nuovo CPP, il quale esplicitamente dispone che « se la seconda sentenza sia annullata per gli stessi motivi per i quali fu annullata la prima, la sentenza di annullamento ha *autorità di giudicato irrevocabile* sul punto di diritto deciso » (82). Tale concezione è però manifestamente inesatta: né il vederla accolta in un testo di legge può persuader del contrario, poiché neppure il potere legislativo riesce a trasformare in verità dei manifesti errori di definizione scientifica. Diverse sono le vie per le quali gli Autori giungono a ritenere che non si possa qui parlare di autorità di cosa giudicata e non tutte mi sembrano accettabili: Arturo Rocco, ragionando delle decisioni della Cassazione penale con argomenti che potrebbero anche essere riferiti a quelle della Cassazione civile, afferma che la decisione della Corte di cassazione che, accogliendo il ricorso, cassa e rinvia, non ha il valore di una vera sentenza

---

§ 543, cpv. 2°; Legge federale svizzera sull'ordinam. della giustizia, 22 marzo 1893, art. 84.

(78) Cammeo, *Interpretazione autentica*, n. 14, lett. *d*; Id., *Pretesa efficacia vincolante*, cit., pag. 540, nota 1; Chiovenda, *Principii*, pag. 861 (lett. *i*) e pag. 1069; Rocco Art., *Concetto, specie e valore della sentenza penale definitiva*, nn. 18-19. Nella dottrina tedesca, oltre che accennato dai trattatisti, il problema è trattato a fondo da Vierhaus, in « Z. », VI, 217, che nelle note 7-10 fa una minuta analisi delle disposizioni analoghe al § 565 contenute nelle legislazioni germaniche anteriori alla unificazione; per il diritto svizzero cfr. Weiss, *Berufung an das Bundesgericht*, pag. 316 e segg.

(79) Cfr. Vierhaus, pag. 225, nota 13; vol. I, n. 217 *c* in nota.

(80) Cfr. Weiss, pag. 316.

(81) Marcadé, *Explication théor. et prat. du C. Napoléon*, n. 92, pag. 65 (5ª ed., Paris, 1855); Garraud, *Précis de droit criminel* (Paris, 1901), n. 606; Laurent, *De l'autorité de la chose jugée en matière criminelle* (Paris, 1885), pag. 128-129, citati da Rocco Art., n. 19. Cfr. vol. I, n. 189.

(82) Cfr. Manzini, *Trattato di pr. pen.*, II, 518, n. III.

definitiva capace di passare in giudicato, ma ha solamente un valore ordinatorio al quale non si riannoda alcun effetto consuntivo sull'azione fatta valere nel giudizio di merito; e trae da questa considerazione la conseguenza che neppure per il giudice di rinvio la decisione della Cassazione può avere autorità di giudicato. A me sembra che questa opinione, diffusa anche tra i civilisti (83), che nega alla decisione di rinvio della Corte di cassazione l'autorità di cosa giudicata, derivi dal non considerare a fondo qual'è l'oggetto della decisione medesima: questa, come si sa (retro, n. 89 *e*) non verte sull'azione che ha dato luogo al processo sul merito, ma su una speciale azione di impugnativa che dà luogo a un nuovo processo, ben diverso da quello in cui si trova formalmente innestato; e siccome l'autorità di cosa giudicata non è inerente alle sole sentenze di merito (che decidono sulla esistenza di una concreta volontà di legge *sostanziale*), ma a tutte quante le sentenze che decidono sulla esistenza di una volontà di legge (sostanziale o processuale) *concernente le parti* (84), così anche la decisione della Corte di cassazione che riconosce l'esistenza a favore del ricorrente di una concreta volontà di legge che gli dà diritto a ottenere l'annullamento della sentenza impugnata, è una vera sentenza definitiva capace di acquistare forza di giudicato in ciò che si riferisce all'accertamento e all'attuazione del diritto di impugnativa fatto valere dal ricorrente (85). Ma il ritenere che anche

---

(83) Cfr. Tuozzi, *Cosa giudicata*, n. 42 e citazioni in nota 1, a pag. 50.

(84) Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 379 e pag. 913.

(85) Se si ammette che il ricorso per cassazione sia, nel nostro diritto, una azione di impugnativa che dà luogo ad un processo nuovo (*iudicium rescindens*), non si può negare che l'annullamento della sentenza impugnata rappresenta per il ricorrente un bene paragonabile all'annullamento di un negozio giuridico difettoso, e che, pertanto, la sentenza di cassazione, che accerta la esistenza di una concreta volontà di legge che garantisce al ricorrente questo bene, abbia attitudine ad acquistare forza di giudicato anche in processi diversi da quello in cui è stata emanata. Prova di ciò è che nel giudizio di rinvio, che è una continuazione del processo di merito, e che fa parte quindi di un processo *diverso* da quello di cassazione, non può essere rimessa in discussione l'esistenza del diritto di impugnativa attuato dalla sentenza di cassazione; se questa avesse un valore puramente ordinatorio e limitato al processo in cui è emessa, non si intende come gli effetti dell'accertamento in essa contenuto in relazione all'azione di impugnativa potrebbero farsi valere in un processo diverso, cioè nel giudizio di rinvio. Si intende che queste osservazioni non varrebbero qualora il ricorso per cassazione fosse costruito come un vero mezzo di gravame, com'è la Revisione germanica, che apre una nuova istanza *in iure* dello stesso processo e non un *iudicium rescindens* sull'azione di impugnativa. Per questo, bisogna andar cauti nell'applicare alla

la decisione della Cassazione che annulla la sentenza impugnata e rinvia per la nuova decisione sul merito, sia un vero giudicato nei limiti della concreta volontà di legge (processuale) che forma oggetto del *iudicium rescindens,* non porta nessuna conseguenza sulla risoluzione dell'altra questione di cui qui si discorre: invero la pronuncia delle Sezioni unite che cassano « per gli stessi motivi » non contiene soltanto la decisione del *iudicium rescindens,* ma contiene anche, come si è visto (retro, n. 108), una frazione della decisione del *iudicium rescissorium;* onde l'affermare che la pronuncia delle Sezioni unite costituisce un vero giudicato sulla esistenza dell'azione di impugnativa, non implica che i motivi di diritto che hanno guidato il giudice dell'impugnativa a decidere sul *iudicium rescindens,* debbano poi avere efficacia vincolante nel *iudicium rescissorium,* oggetto del quale è un'azione del tutto distinta da quella sulla quale in sede di cassazione si è formato il giudicato.

Anche respingendo l'argomento che Arturo Rocco desume dalla natura, a suo parere meramente « ordinatoria », della decisione della Cassazione che cassa e rinvia, io credo che coll'autorità della cosa giudicata non si possa confondere l'efficacia vincolante della interpretazione data dal giudice di cassazione sul « punto di diritto », perché questa interpretazione non ha i caratteri logici di una « decisione » capace di passare in giudicato. Sappiamo che, quando si consideri la sentenza come un sillogismo, l'attitudine a passare in giudicato non è inerente alle premesse, ma soltanto alla conclusione che da esse il giudice detrae (retro, n. 24): perché si possa parlare di sentenza, e, quindi, di passaggio in giudicato, non basta che si abbiano dei motivi di diritto e di fatto nei quali la conclusione sia contenuta in potenza, ma occorre che si abbia una decisione in atto, cioè la conclusione tratta da queste premesse di diritto e di fatto, della esistenza o della inesistenza di una concreta singola volontà di legge; e solo questa conclusione concreta è l'elemento logico idoneo a servir di base, per dir così, a quell'elemento imperativo che costituisce l'origine della forza obbligatoria del giudicato. Ma qui, nella interpretazione del « punto

---

cassazione le conclusioni cui pervengono i processualisti tedeschi quando analizzano i caratteri della revisione ex § 565 *CPO.* Vedremo infatti, oltre, n. 113, che la decisione del giudice di revisione che risolve la questione di diritto e rinvia al giudice di appello, non annulla la sentenza di secondo grado, ma solo le impedisce di passare in giudicato: fenomeno ben diverso da quello della nostra cassazione che in ogni caso annulla una sentenza già passata in giudicato.

di diritto » data dalla Corte di cassazione, non esiste una « decisione » nel senso suddetto: qui, quantunque l'art. 547 CPC parli inesattamente di « *decisione* della Corte di cassazione *sul punto di diritto* », si ha soltanto una delle premesse della futura decisione la quale potrà essere pronunciata soltanto da quel giudice che, avendo a sua disposizione anche l'altra premessa, sarà in grado di trarre la conclusione e di attribuirle carattere imperativo, cioè dal giudice di rinvio (retro, n. 108, in fine) (86).

b) L'aver messo in luce che la cosiddetta « decisione sul punto di diritto » non è in realtà una decisione in senso tecnico, ma piuttosto la risoluzione di una questione giuridica che serve a costruire una delle premesse della decisione futura, non deve far credere che la efficacia vincolante di quella risoluzione abbia il carattere di una interpretazione autentica. Anzitutto non è sempre vero che la risoluzione del punto di diritto compiuta dalla Corte di cassazione si limita a una mera interpretazione astratta del significato di una norma giuridica: si è veduto infatti (retro, n. 103) che anche l'errore sulla applicabilità della norma al caso concreto costituisce motivo di cassazione ex art. 517, n. 3, e in questi casi l'analogia colla interpretazione autentica, la quale mira a chiarire il significato della norma astrattamente considerata, non basterebbe a spiegare perché il giudice di rinvio sia vincolato anche all'opinione manifestata dal giudice di cassazione sulla applicabilità concreta di una norma a un fatto. D'altra parte, anche se la Corte di cassazione si limitasse sempre a dare una interpretazione in astratto della norma giuridica, la sua intepretazione non avrebbe niente di comune colla interpretazione legislativa o autentica, perché, mentre questa è « per tutti obbligatoria » (art. 73 Statuto), la interpretazione data dalle Sezioni unite è obbligatoria per il solo giudice di rinvio e per quel solo processo di merito di cui il giudizio di rinvio è una nuova fase (cfr. vol. I, n. 189) (87).

c) Qualche scrittore accenna a spiegare il cpv. dell'art. 547 CPC, ricorrendo al « principio di autorità gerarchica »: questo articolo, facendo eccezione al principio fondamentale dell'ordinamento giudiziario degli Stati moderni, secondo il quale il giudice, purché si mantenga nei limiti segnatigli dalla legge, è assolutamente indipendente nella sua decisione, verrebbe ad ammettere, a

---

(86) CAMMEO, *Interpr. autentica*, n. 14 d; VIERHAUS, in « Z. », VI, pag. 226-227. Cfr. anche HELLWIG, *System*, I, § 239, nota 44 *a*.

(87) Cfr. ROCCO ART., pag. 157, nota 2; GARSONNET, *Traité*, VI, § 2430; JAPIOT, *Traité*, pag. 708; CHENON, *Cassation*, n. 63.

parere di questi scrittori (88), che il giudice di rinvio debba decidere secondo la traccia fissata dalla Corte di cassazione, unicamente perché questa traccia deriva da un organo gerarchicamente superiore al giudice di rinvio, che si trova di fronte ad esso in condizioni di subordinato. Questa spiegazione — che ha dato buon giuoco agli oppositori del sistema della Cassazione, i quali hanno protestato contro questa pretesa minorazione della dignità e della libertà del giudice di rinvio, costretto così a forzare la sua coscienza e a pensare col cervello del superiore gerarchico (89) — non può essere assolutamente accettata: sia perché essa ammette che si possa fare eccezione al principio, sul quale si basa modernamente l'amministrazione della giustizia, che non vi è alcuna subordinazione gerarchica del giudice inferiore al superiore in ciò che attiene all'esercizio della funzione giurisdizionale (90); sia perché inesattamente essa definisce come rapporto di *subordinazione* quello che in realtà è un rapporto di *coordinazione*, derivante da una divisione di lavoro tra due organi giudiziarî, ognuno dei quali costruisce, con perfetta indipendenza nella sua cerchia di attività, una parte degli elementi dalla cui combinazione risulta la decisione definitiva. Dire che il giudice di rinvio è subordinato al giudice di cassazione perché non può rimettere in discussione il punto di diritto che questo ha già deciso, equivale a dire che il presidente della Corte d'assise è subordinato alla giurìa perché deve limitarsi a determinare le conseguenze giuridiche del fatto accertato dai giurati, o che, nel processo civile tedesco, il Tribunale dell'Impero è subordinato al Tribunale di appello, perché, quando decide in merito, è tenuto a porre a fondamento della sua sentenza le circostanze accertate nel giudizio di seconda istanza, senza poter rimettere in discussione la questione di fatto (§ 561, cpv. *CPO*)! (91).

---

(88) Cfr. VENZI, *Cassazione*, n. 93 *d*. « Così il principio della libertà di apprezzamento, che informa tutto il nostro regime giurisdizionale, rimane, per ragione d'ordine generale, subordinato a quello d'autorità ». Anche WACH, *Vorträge*, pag. 296, giustifica la disposizione come richiesta nell'« interesse dell'*autorità* del Tribunale dell'Impero ».

(89) CABERLOTTO, *Cassazione*, n. 598. Cfr. per tutti: MUSIO, *Sulla Cassazione*, che combatte la Cassazione per la « impossibilità morale » in cui si trova il giudice costretto a decidere secondo un precetto altrui (pag. 1-7). CARUSO, *Della suprema magistratura del regno* (Palermo, 1872). Anche DE PALO, in « R. d. co. », 1909, I, 701.

(90) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 391; MORTARA, *Comm.*, II, n. 11.

(91) Benissimo il KOHLER, *Zivilpr.*, § 84, mette in chiaro che qui non si tratta di una violenza fatta alla coscienza del giudice di rinvio, ma di una « situazione giuridica processuale » che questi deve accettare.

d) Secondo il CROME (92) il giudice di rinvio sarebbe obbligato ad applicare l'interpretazione fissata dal giudice di revisione perché « agisce soltanto in rappresentanza » di questo; il giudice di revisione (o di cassazione) dopo aver compiuto una parte del lavoro logico da cui nasce la sentenza, delegherebbe così al giudice di rinvio l'ufficio di ultimarlo e di trarne la conclusione. Sarebbe dunque, se ben intendo, uno speciale caso di delegazione di giurisdizione permesso dalla legge (art. 68 CPC); ma non mi sembra che il ricorrere al concetto di rappresentanza, che è qui inadatto per più ragioni (prima fra tutte, questa: che, ove il giudice di rinvio agisse qui in rappresentanza della Corte di cassazione, non si intenderebbe perché la sua sentenza possa, sia pure per altri motivi, essere denunziata di nuovo in cassazione) (93), porti maggior chiarezza sul fenomeno, quando esso, come ora dirò, si può spiegare assai più semplicemente.

e) Le considerazioni svolte finora per respingere spiegazioni a mio avviso errate del principio onde s'informa l'art. 547 CPC, lasciano già intravedere qual'è l'unica spiegazione che merita di essere accolta: invece di dire, come si usa, che il giudice di rinvio è tenuto a risolvere la questione di diritto secondo l'opinione del giudice di cassazione, si deve dire che il giudice di rinvio è tenuto a decidere *soltanto* la questione di fatto, poiché la questione di diritto è già stata risolta in precedenza; non, dunque, il giudice di rinvio è vincolato a decidere il punto di diritto secondo l'opinione altrui, ma esso è escluso dal decidere sul punto di diritto perché questo è già stato risoluto da un altro giudice in uno stadio processuale anteriore. Si tratta, pertanto, di un caso tipico di *preclusione* (94), simile a quello che si verifica in senso inverso nel diritto germanico e nel diritto austriaco quando il giudice di revisione è tenuto a porre a base della sua sentenza i fatti quali sono stati accertati dal giudice di appello. Come, in questo caso, non si può dire che si sia formato il giudicato sulla questione di fatto, perché il giudicato si può formare soltanto sulla conclusione del sillogismo e non sulla risoluzione della questione di fatto che è una delle sue premesse, ma si dovrà dire, invece, che col giudizio di appello *si preclude*, normalmente, la questione di fatto, così, analogamente dinanzi al nostro giudice di rinvio è *preclusa, non*

(92) *Parte gen. del dir. priv. fr.* (trad. ASCOLI-CAMMEO) pag. 41, nota 12.

(93) WEISMANN, *Lehrbuch*, I, 448.

(94) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 861 (lettera *i*) e pag. 1069; CAMMEO, *Interpr. autentica*, n. 14, lett. *d*; VIERHAUS, in « Z. », VI, pag. 228-230; KOHLER, *Zivilpr.*, § 84.

passata in giudicato, la risoluzione della questione di diritto. Dicendo questo, non credo di essere in contraddizione coll'affermazione fatta poco fa (*sub litt. a*), secondo la quale anche la decisione della Corte di cassazione che cassa e rinvia si può considerare come vera e propria sentenza capace di passare in giudicato; sappiamo infatti (retro, n. 108) che questa sentenza contiene una decisione sull'esistenza del diritto di impugnativa (*iudicium rescindens*) più un elemento della futura decisione sul rapporto sostanziale (*iudicium rescissorium*): ora, mentre di cosa giudicata si può parlare rispetto alla decisione sul *iudicium rescindens,* rispetto alla risoluzione della *quaestio iuris* che il giudice di rinvio dovrà utilizzare nel pronunciare la nuova decisione di merito, potremo parlare soltanto di « preclusione » (95).

111. — Due ultime osservazioni per finir di chiarire i limiti di applicabilità dell'art. 547 cpv. CPC.

a) Anzitutto si deve ripetere, come già incidentalmente si è accennato (retro, n. 102 *c*), che il fenomeno per cui il secondo giudice di rinvio è tenuto « a conformarsi alla decisione sul punto di diritto » sul quale ha pronunciato la Corte di cassazione, non ha niente di comune con quell'effetto positivo di *statuizione* che la pronuncia della Corte di cassazione ha sul rapporto processuale quando annulla per *error in procedendo.* In quest'ultimo caso il giudice di rinvio è vincolato, *fin dal primo rinvio,* alla decisione del giudice di cassazione, in quanto essa accerta il vizio del rapporto processuale e annulla di conseguenza (tale efficacia vincolante sul rapporto processuale, *nei limiti dell'accertamento del diritto di impugnativa,* si riscontra del resto, fin dal primo rinvio, anche

---

(95) Cadrebbe in errore chi volesse rappresentare la sentenza delle Sezioni unite nel caso dell'art. 547 come la somma di una sentenza definitiva sull'azione di impugnativa e di una sentenza interlocutoria sul merito. Anche nel diritto tedesco non è mancato chi ha paragonato la sentenza colla quale il *Reichsgericht* rinvia la causa al Tribunale d'appello perché decida sul merito alla sentenza interlocutoria (§ 303, § 318 *CPO.* Cfr. STRUCKMANN-KOCH, *Komm., sub* § 565 *CPO*); qualcuno anzi ha detto che questa sentenza avrebbe natura duplice, perché è definitiva rispetto al mezzo di gravame, e interlocutoria rispetto al merito (WEISMANN, *Lehrbuch,* I, pag. 448; e per l'appello al tribunale svizzero WEISS, *Berufung,* pag. 317). Giustamente però si è osservato che, rispetto alla decisione del merito, nemmeno di sentenza interlocutoria può qui parlarsi, perché in una semplice risoluzione di un punto di diritto che costituisce una premessa della decisione, ma che non è ancora la decisione, non si riscontra quel carattere di conclusione concreta, che è inseparabile da ogni sentenza, anche se interlocutoria (VIERHAUS, in « Z », VI, pag. 230).

quando la cassazione è pronunciata ex art. 517, n. 3; cfr. retro, n. 107 *c*); ma essere tenuto a rispettare le conseguenze di una decisione già compiuta per intero, nelle sue premesse logiche e nella sua conclusione imperativa, dal giudice di cassazione che statuisce sul rapporto processuale, è cosa ben diversa dal dover accettare la risoluzione di una questione di diritto, data dal giudice di cassazione sul rapporto sostanziale, come elemento di una decisione la cui ulteriore elaborazione logica e la cui pronuncia viene rilasciata al giudice di rinvio (96). Deriva da ciò che, a rigor di principii, di un ricorso alle Sezioni unite « per gli stessi motivi » e di un conseguente secondo rinvio con obbligo, per il nuovo giudice di rinvio, di conformarsi alla decisione delle Sezioni unite sul punto di diritto, non si può parlare quando le successive cassazioni avvengono per *error in procedendo*: se la sentenza del primo giudice di appello è annullata una prima volta in cassazione, ex articolo 517, n. 2, per mancanza di data (artic. 361 CPC), e il giudice di rinvio nella nuova sentenza — ipotesi strana ma pur possibile — ricade a sua volta nella stessa nullità, non pare che il secondo ricorso che sarà presentato contro la nuova sentenza per lo stesso *error in procedendo* per cui fu annullata la prima costituisca quella impugnativa « per gli stessi motivi » che, ai sensi dell'art. 547 CPC, dev'essere portata alle Sezioni unite (97), né

---

(96) Nelle legislazioni, come quella germanica, in cui l'obbligo del giudice di rinvio di conformarsi all'opinione giuridica del giudice che rinvia, sussiste fin dal primo rinvio, non è messa molto in chiaro la differenza che c'è tra la statuizione nel rapporto processuale che vincola in ogni caso il giudice di rinvio, e la decisione « sul punto di diritto » *in iudicando* che, nella nostra legge, ha forza vincolante solo nel caso di secondo rinvio. Vi sono anzi delle legislazioni (citate da VIERHAUS, in nota 47: *adde* il § 543 del CPC ungherese) che nella stessa disposizione stabiliscono l'obbligo per il giudice di rinvio di uniformarsi *in iudicando* all'opinione giuridica espressa dal giudice che rinvia, e l'obbligo del giudice di rinvio di non ricadere *in procedendo* nello stesso vizio di attività per cui la sua sentenza è stata annullata. Ma poi la differenza tra questi due casi profondamente diversi di efficacia vincolante riappare nella dottrina: per esempio il VIERHAUS, pag. 233-234, riconosce che, quando il rinvio segue ad un annullamento per *error in procedendo* « la decisione del Tribunale di Revisione deve sempre contenere la intera conclusione », cioè la decisione concreta derivante dalla risoluzione della questione di diritto e dall'accertamento dei fatti che hanno violato la norma processuale; mentre se il rinvio segue per *error in iudicando*, la cosidetta *rechtliche Beurtheilung* dal Tribunale di Revisione si limita a una mera costruzione di premesse giuridiche.

(97) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1067 e pag. 1069; MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1277, nota 1 a pag. 155; Cass. Roma, 15 luglio 1902, in « La Procedura », 1902, 219. Parrebbe dunque che le Sezioni unite dovessero soltanto conoscere

che si possa scorgere in questo caso nel giudice di rinvio quella « ribellione » contro l'avviso del giudice di cassazione che si può manifestare in rapporto alla risoluzione da darsi a un punto di diritto relativo alla controversia di merito (98). La libertà di decisione che, per ragioni storiche (oltre, n. 125), è rilasciata al primo giudice di rinvio per ciò che attiene al merito della controversia, non significa invero libertà per esso di ricadere in quelle inesecuzioni di legge processuale per le quali è stata annullata la prima sentenza; né, qualora esso vi ricada, si può vedere in ciò quel dissidio di interpretazioni giuridiche tra Corte di cassazione e giudici di merito, che richiede l'intervento delle Sezioni unite!

b) L'art. 547 cpv. è dunque applicabile soltanto quando la seconda cassazione sia pronunciata dalle Sezioni unite per la stessa « violazione o falsa applicazione di legge » per cui fu annullata ex art. 517, n. 3, la prima sentenza (99). Ma, in questa ipotesi, in cui l'art. 547 cpv. è applicabile, quali saranno i limiti entro i quali il giudice di rinvio dovrà « conformarsi alla decisione sul punto di diritto » pronunciata dalla Corte di cassazione: ossia, in altre parole, quale sarà, nella costruzione delle diverse premesse logiche da cui si trarrà la nuova sentenza di merito, la precisa linea di separazione tra le attività cooperanti del giudice di cassazione e del giudice di rinvio?

Non credo che a questa domanda si possa rispondere con una formula unica: abbiamo veduto a suo tempo (retro, n. 103) che qualunque errore di diritto *in iudicando* può costituire valido fon-

---

ricorsi basati su « violazione o falsa applicazione di legge » (art. 517, n. 3). Dalle statistiche giudiziarie risulta invece che le Sezioni unite conoscono anche, sia pure in misura minima, di ricorsi basati su *errores in procedendo*:

MOTIVI DI RICORSO

ANNI	incompetenza		art. 517 n. 1		art. 517 n. 2		art. 517 n. 3		art. 517 n. 4		art. 517 n. 5		art. 517 n. 6		art. 517 n. 7		art. 517 n. 8	
	r	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*
1912	—	—	—	—	—	—	39	19	—	—	1	2	5	6	1	1	—	—
1911	—	—	—	—	—	—	25	6	—	—	—	—	3	—	2	1	1	—

Vedremo nella Parte speciale le ragioni pratiche di questa apparente contraddizione.

(98) Cfr. « Circolo Giuridico di Palermo », *Studio per un progetto di costituzione della suprema magistratura del Regno*, pag. 20.

(99) MORTARA, *Comm.*, IV, n. 398.

damento di un ricorso in cassazione ex art. 517, n. 3: ora, secondo la sede che questo errore di diritto occupa nella serie dei sillogismi concatenati onde nasce la sentenza di merito, diversa sarà l'estensione del « punto di diritto » che le Sezioni unite saranno chiamate a risolvere, e diversi, quindi, i limiti entro i quali potrà liberamente svolgersi l'attività decisoria del secondo giudice di rinvio. Intanto, poiché il ricorso in cassazione ex art. 517, n. 3, non può mai avvenire per semplice errore di fatto (retro, n. 105), il giudice di rinvio sarà assolutamente libero nella risoluzione della questione di fatto, né potrà avere nessuna efficacia vincolante su questa parte del suo giudizio la pronuncia delle Sezioni unite che, nel risolvere il punto di diritto, sia partita dal ritenere esistenti determinate circostanze relative al rapporto sostanziale controverso: quando la Corte di cassazione risolve una questione di diritto, deve molte volte supporre come veri dei fatti di causa (si pensi alla formula « *si preces veritate nitantur* » dei rescritti imperiali! Vol. I, n. 36), poiché, se questi fatti non fossero veri, cadrebbe la necessità di risolvere la questione di diritto; ma da questa supposizione fatta dalla Corte di cassazione il giudice di rinvio non può essere tenuto a giudicare, senza ulteriore apprezzamento concreto, che i fatti supposti siano in realtà positivamente esistenti, tanto più che il rinvio riapre l'istruttoria: onde, se il giudice di rinvio riterrà che i fatti, supposti come veri dalle Sezioni unite, non siano veri, non sarà neppure tenuto a conformarsi alla decisione « sul punto di diritto », ove questa presupponesse la verità dei fatti ormai dimostrati insussistenti (100).

Ma non si potrebbe dire nemmeno che al giudice di rinvio sia interamente preclusa la risoluzione di ogni questione di diritto. A prescindere infatti dalla circostanza che l'ordinamento della nostra Cassazione è tale per cui anche nel secondo giudizio di rinvio possono sorgere questioni di diritto nuove, che non sono state finora portate al riesame della Cassazione e che pertanto possono

---

(100) Lo stesso può avvenire nel giudizio di rinvio derivante dalla Revisione germanica: cfr. VIERHAUS, in « Z. », pag. 242-243. L'opinione, manifestata dalla sentenza App. Torino, 31 dicembre 1900, in « F. it. », 1901, 1294, ed approvata da VENZI, *Cassazione*, n. 93, secondo la quale il giudice di rinvio dovrebbe tenere immutabili i fatti che le Sezioni unite hanno supposti veri quando hanno risolto il « punto di diritto » contraddice alla stessa lettera dell'art. 547 che parlando di « decisione sul punto di diritto » intende evidentemente escludere, se pur questa frase deve avere un senso, il « punto di fatto ». Contro l'opinione rappresentata da quella sentenza: CAMMEO, *Interpretazione autentica*, nota 200.

essere risolte dal giudice di rinvio con assoluta indipendenza (101), non è detto che la « decisione sul punto di diritto » pronunciata dalle Sezioni unite, esaurisca tutte le svariate questioni giuridiche che si devono risolvere per stabilire il rapporto tra la norma e il fatto. Potrà darsi infatti che il « punto di diritto » deciso dalle Sezioni unite:

α) consista nello stabilire se esista o se sia valida una norma; nello stabilire, ad esempio, se la controversia deve essere risolta in base al diritto nazionale o in base al diritto straniero (retro, n. 103 A, *a*): in questo caso al giudice di rinvio non sarà preclusa la risoluzione delle questioni relative alla interpretazione e alla applicabilità al caso concreto della norma giuridica;

β) riguardi non solo la esistenza ma anche il significato di una norma giuridica (retro, n. 103 A, *b*); in questo caso spetterà al giudice di rinvio stabilire liberamente se la norma, fissata e interpretata dalle Sezioni unite, è applicabile al caso controverso (102);

γ) comprenda in concreto anche la risoluzione del rapporto che passa tra la norma giuridica, fissata e interpretata, e il caso controverso: in questo caso il giudice di rinvio è vincolato anche alla qualifica giuridica dei fatti stabilita dalle Sezioni unite, ed è strettamente tenuto a decidere nei limiti della pura questione di fatto (103 B, *a* e *b*) (103).

---

(101) Cfr. MORTARA, *Comm.*, IV, n. 405; CHIOVENDA, *Principii*, caso pratico a pag. 1070-1072.

(102) Cfr. VIERHAUS, in " Z. », § 3, I *B*, 2 *a*, pag. 233; e § 4, II *a*, pag. 240.

(103) Cfr. VIERHAUS, citato nella nota precedente; WEISMANN, *Lehrbuch*, pag. 448; e le citazioni di Autori e di decisioni contenute in CAMMEO, *Interpr. autentica*, nota 199.

Capitolo XI

OSSERVAZIONI COMPARATIVE SULLE DUE FORME DI RICORSO IN CASSAZIONE

Sommario: 112. Ambedue le forme di ricorso finora esaminate mirano a ottenere l'annullamento della sentenza denunciata: osservazioni sull'insegnamento del Chiovenda che distingue tra annullamento per vizî di attività e cassazione semplice per vizî di giudizio. — 113. Come esso si applichi meglio al processo germanico che al processo italiano. — 114. Casi in cui il ricorso in cassazione, che normalmente è un'azione di impugnativa, può funzionare come un'azione di accertamento negativo: esempio tratto dal n. 7 dell'art. 517, e (in nota) dalla L. 31 marzo 1877. — 115. Il ricorso per cassazione non preclude l'accertamento di quei vizî della sentenza che ne producono la inesistenza o la assoluta nullità: riserve su alcune esagerazioni alle quali giunge in questo senso la scienza processualistica penale.

112. — La diversità fondamentale tra le due forme di ricorso in cassazione che abbiamo finora esaminate si può in questo riassumere: che mentre il ricorso per *error in procedendo* provoca da parte della Corte di cassazione un controllo sulla costruzione esteriore del rapporto processuale di merito, che ha una efficacia meramente *negativa* sul contenuto della decisione di merito, il ricorso per *error in iudicando* ex art. 517, n. 3, provoca da parte della Corte di cassazione un parziale riesame della decisione di merito, il quale *può* avere in caso di primo rinvio (oltre, n. 126 *a*), e *deve* avere in caso di secondo rinvio « per gli stessi motivi », una efficacia *positiva* sulla formazione della nuova decisione di merito.

Abbiamo veduto che, da questa fondamentale differenza, conseguono nei due casi notevoli diversità accessorie nella disciplina processuale delle due forme di ricorso (retro, nn. 102 e 108); ma il riconoscere questa diversità fondamentale e tutte le conseguenze che ne derivano, non mi ha indotto (cfr. n. 102 *b*, n. 108 *b*) a ritenere che l'effetto esercitato dall'accoglimento del ricorso sulla validità della sentenza impugnata in cassazione si possa considerare diverso, secondoché il ricorso si basi su un *error in procedendo* o

su un *error in iudicando*: in ambedue i casi, infatti, mi è parso di riscontrare nel ricorso per cassazione la identica struttura d'una azione di impugnativa, portata al giudice superiore per chiedergli di *annullare* una sentenza viziata da un difetto proprio o derivato; in ambedue i casi mi è parso di riscontrare che l'effetto dell'accoglimento del ricorso fosse, senza distinguere la natura del vizio su cui il ricorso si fondasse, sempre lo stesso: l'*annullamento*, cioè, della sentenza impugnata.

Confesso che prima di giungere a questa conclusione, ho lungamente esitato: poiché l'insegnamento del CHIOVENDA, che per primo colla consueta profondità ha distinto le due forme del ricorso per cassazione nel loro scopo e nella loro costruzione processuale, afferma recisamente che la differenza tra il ricorso basato su un vizio d'attività e il ricorso basato su un vizio di giudizio si manifesta anche nei diversi effetti che l'accoglimento dell'impugnativa produce sulla sentenza impugnata, per la quale potrebbe parlarsi di *annullamento* solamente quando essa fosse viziata da un difetto di attività. Sembra opportuno riassumere qui le linee più caratteristiche di questa teoria, data l'autorità di chi la professa, e la grande importanza che ha questo punto per l'interpretazione dommatica di tutto il nostro istituto.

Secondo il CHIOVENDA (1), in corrispondenza colle due forme di ricorso, per *error in procedendo* o per *error in iudicando*, la Corte di cassazione è chiamata a compiere due diverse funzioni, rispettivamente designate come funzione di *annullamento* e funzione di *revisione del giudizio di diritto* (2): nel primo caso la Corte di cassazione dopo avere esaminate « le attività compiute nella costituzione, nello svolgimento e nella definizione del rapporto processuale », *annulla*, quando riscontri determinati difetti, « attività giuridiche difettose » (3); nel secondo caso, dopo aver riveduto « il giudizio del giudice inferiore sulla esistenza di una norma *astratta* di legge e la sua applicabilità all'oggetto della lite », *cassa* la sentenza, se vi riscontra una violenza o una falsa applicazione della legge (4). Tra il primo caso (*annullamento* = cassazione per nullità) e il secondo (*cassazione semplice* = cassazione per violazione o falsa applicazione di legge) (5) vi è questa profonda diversità

(1) *Principii*, pag. 396-399, 965, 1054, 1058, 1059-1060; e in « F. ital. », 1912, I, pag. 240 e segg.

(2) *Principii*, pag. 398.

(3) *Principii*, pag. 398.

(4) *Ib.*, pag. 396.

(5) Per questa terminologia, *ib.*, pag. 965, e 1058.

di effetti: che nel caso di *annullamento* « è tolta di mezzo la sentenza anche come atto giuridico; e può dirsi di essa che può considerarsi come non avvenuta » (6); mentre nel caso di *cassazione semplice,* la sentenza cassata « cessa d'aver valore come atto d'applicazione della legge, ma rimane come atto giuridico in sé valido che si è sovrapposto alla sentenza di primo grado e le ha tolto ogni valore potenziale di sentenza... » (7). Deriva da ciò che nel caso di *annullamento* della sentenza d'appello, questa, considerata come non mai esistita, perde « la sua efficacia negativa rispetto alla sentenza di primo grado, che torna in vita » (8); mentre, nel caso di *cassazione semplice,* questa « non richiama in vita la sentenza di primo grado, poiché essa non toglie ogni valore alla sentenza di secondo grado » (9). La differenza tra *annullamento* e *cassazione semplice,* non ha, del resto, importanza meramente teorica: essa infatti dà la norma per risolvere questioni pratiche dibattute, come sarebbe quella assai controversa sugli effetti della perenzione del giudizio di rinvio (10).

Questa teoria muove da premesse indiscutibilmente corrette: nessuno riuscirebbe infatti a negare, che, se si paragona i limiti in cui si svolge l'indagine della Corte di cassazione quando è investita di un ricorso basato su un *error in iudicando* coi limiti in cui l'indagine si svolge quando il ricorso si basa su un *error in procedendo,* una grande diversità si scorge tra la parziale *revisio in iure* del contenuto della sentenza che ha luogo nel primo caso, e il controllo sulla regolarità esteriore del rapporto processuale che ha luogo nel secondo. Ma se indubbiamente vi è tra i due casi una profonda diversità in ciò che attiene al campo di indagine del giudice di cassazione, il dubbio sorge quando si deve stabilire se a questa innegabile diversa latitudine di indagine, ch'è in armonia colla diversa natura del vizio denunciato, possa corrispondere un diverso effetto della pronuncia del giudice di cassazione sulla validità della sentenza impugnata. Il Chiovenda, come si è visto, risolve affermativamente il problema: e, in sé considerata, la sua soluzione appare geniale e suggestiva, anche per le conseguenze soddisfacenti che ne derivano alle soluzioni dei problemi pratici ad essa connessi; ma se, persuasi dalla logica chiarezza con cui la teoria è enunciata, si scende poi a cercare nel diritto vi-

(6) *Ib.*, pag. 400.
(7) *Ib.*, pag. 399.
(8) *Ib.*, pag. 965.
(9) *Ib.*, pag. 399.
(10) *Ib.*, pag. 399, nota 1; e in « F. it. », 1912, I, cit.

gente quali sono le disposizioni positive che la giustificano, invano si spera di trovare nei testi un accenno sia pur fuggevole che la confermi, e bisogna allora contentarsi di scorgere in essa la manifestazione di una tendenza che precorre i tempi, piuttosto che la fedele interpretazione dell'istituto quale tuttora vive, in attesa di riforma, nelle invecchiate disposizioni della nostra legge processuale.

Sarebbe ingenuo obiettare al CHIOVENDA, che nessuno mai prima di lui, né in Francia, né in Italia, giudice o scienziato, ha rilevato questa duplicità di funzione dell'organo di cassazione, da lui espressa nel contrapporre l'*annullamento* alla *cassazione semplice*: la scienza, per nostra fortuna, è in continuo progresso, e non sono pochi gli argomenti processuali in cui il CHIOVENDA ha portato per il primo, con metodi nuovi e con vedute originali, che hanno segnato l'inizio di una nuova fase per i nostri studî, chiarezza di idee in questioni fino a quel momento confuse. Neppure avrebbe un valore decisivo ricordare che nell'etimologia le parole « cassazione » e « annullamento » sono sinonimi, e nel linguaggio giuridico, dal diritto intermedio a noi, sono state usate come tali; che la formula « *La Cour... casse et annule* » chiude in Francia tutti gli *arrêts* che accolgono il ricorso, senza distinguere tra vizî di attività e vizî di giudizio (vol. I, n. 201) (11); e che, nella nostra legge, il CPC usa quasi sempre le parole « cassare » e « cassazione » anche nei casi in cui, secondo la terminologia del CHIOVENDA, dovrebbe con più proprietà parlarsi di « annullare » e « annullamento » (12), mentre lo stesso CPC in altre disposizioni, e, costantemente, il CPP, parlano di « annullare », « annullamento », anche nei casi che, secondo la suddetta terminologia, dovrebbero rientrare piuttosto sotto il concetto di *cassazione semplice* (13): sarebbe inutile, dico, ricordare ciò, perché invano alla pratica e agli stessi testi legislativi

---

(11) La dottrina francese insegna che « la cassation n'est autre chose que l'annullation de la décision cassée et produit les mêmes effets » (GARSONNET, *Traité*, VI, § 2422, nota 1). Cfr. CHENON, *Cassation*, n. 55; JAPIOT, *Traité*, n. 1151, Nell'uso pare che si distingua tra *annullation* e *cassation*, nel senso che la prima parola indica il genere, mentre la seconda indica la specie (cioè l'*annulation* pronunciata dalla Corte di cass.).

(12) Es. art. 544 CPC.

(13) Esempio tipico: art. 88 CPC; e 519 CPC; nella *Relazione* PISANELLI, n. 401, si parla di « annullamento » anche in casi di cassazione ex art. 517, n. 3. Cfr. anche CPP, art. 527 e 528. Può essere non inutile ricordare che l'art. 17 del Prog. DE FALCO (vol. I, n. 271 *h*), stabiliva testualmente: « La cassazione della sentenza importa l'*annullamento della sentenza* e degli atti successivi ai quali la sentenza *annullata* abbia servito di base »; ma nella discussione al Senato vi fu chi chiese l'abolizione di questo articolo, perché il suo

processuali si chiederebbe quella sottile precisione di terminologia la cui mancanza, in tema di nullità e di annullabilità del negozio giuridico, è così vivamente deplorata negli stessi Codici di diritto sostanziale (14).

Ma l'argomento che mi fa restare dubbioso dinanzi all'insegnamento del CHIOVENDA è l'assoluta mancanza nel nostro diritto positivo di qualsiasi disposizione da cui si possa arguire che la nostra legge abbia voluto attribuire alla cassazione fondata su un *error in iudicando*, conseguenze meno assolute sulla efficacia della sentenza cassata, di quelle che nascono dalla cassazione fondata su un *error in procedendo*: nel ricorso in cassazione il nostro CPC vede sempre un « ricorso per annullamento » (artic. 88 CPC), senza distinguere il motivo su cui esso si fonda (« a norma dell'art. 517 » continua l'art. 88, senza far differenza tra i diversi numeri dell'articolo stesso); la legge sull'ord. giud. conferma che « la Corte di cassazione conosce: 1° in materia civile e commerciale dei *ricorsi per annullamento* delle sentenze pronunciate in grado di appello » (art. 123): e nessun'altra disposizione so trovare fra quelle che disciplinano il procedimento di cassazione, che autorizzi a ritenere che, *per la nostra legge*, la cassazione ex art. 517, n. 3, sia nei suoi effetti qualcosa di diverso da un annullamento.

Si potrebbe obiettare, peraltro, a questo mio dubbio che, se è còmpito della scienza distinguere sistematicamente gli istituti sostanzialmente diversi che il legislatore ha dovuto raggruppare per brevità sotto denominazioni comprensive e spesso inesatte, la giustificazione di questa asserita duplicità di funzioni della Cassazione non si deve cercare nella parola della legge, ma nella sostanza stessa del fenomeno giuridico, che qui è costituita dalla natura del vizio per cui una sentenza può essere impugnata. È innegabile — si continuerà ad obiettarmi — che una sentenza difettosa nella sua costruzione processuale, ed una sentenza processualmente perfetta ma ingiusta nel suo contenuto, non possono esser considerate come viziate nello stesso modo: nel primo caso, poiché la legge fa dipendere la validità della sentenza dal compimento di una serie di atti minutamente regolati dal diritto processuale, è naturale che, mancando la regolarità di questi atti, venga a mancare anche

---

contenuto trovavasi già implicito nell'art. 543 CPC. Cfr. il discorso del Sen. MIRABELLI al Senato, 17 maggio 1872 (trovasi anche in *Sul disegno di legge della cass. unica in Roma, discorsi ed osservazioni di* G. MIRABELLI, Napoli, 1872, pag. 28).

(14) COVIELLO, *Manuale*, § 105.

la validità del giudicato, e questo si presenti come *nullo* o *annullabile;* nel secondo caso, invece, poiché, per la necessità pratica della pronta pacificazione sociale, la legge vuole in concreto ciò che il giudice, attraverso un regolare processo, dichiara essere la volontà della legge, nessuna conseguenza può avere sulla validità del giudicato il contenuto del medesimo, il quale è giuridicamente giusto per il solo fatto che è pronunciato dall'organo giurisdizionale, e può essere, non annullato, ma sostituito, solamente quando l'ordinamento giudiziario abbia predisposto il passaggio dello stesso processo attraverso una serie di istanze successive: se, dunque, non è possibile negare in generale che l'*error in procedendo* (nullità in senso lato) e l'*error in iudicando* (ingiustizia) non hanno nulla di comune nei loro effetti sulla validità del giudicato, si dovrà ammettere anche in particolare che la cassazione pronunciata per vizî di attività non può avere effetti uguali alla cassazione pronunciata ex art. 517, n. 3, per vizî di giudizio. In verità, appare intuitivo, senza bisogno di reiterare le dimostrazioni, che una sentenza cassata perché il collegio giudicante era irregolarmente costituito, non può essere trattata alla stessa stregua di una sentenza formalmente irreprensibile, il cui dispositivo abbia però come premessa una interpretazione di legge che la Corte di cassazione ritiene inesatta: nel primo caso siamo in presenza di un difetto di attività già consumato, per il quale, appena accertato il fatto che lo costituisce, la sentenza devesi considerare come non avvenuta; nel secondo, invece, il vizio si riduce ad una diversità di opinioni su un punto giuridico suscettibile di più soluzioni, per nessuna delle quali è dato di affermare con assoluta obiettiva certezza che sia la vera. Onde par logico che in questo secondo caso il fatto che la Corte di cassazione abbia disapprovato la opinione giuridica espressa nella sentenza di appello, non possa far sì che questa sia considerata come non mai esistita di fronte al giudice di primo grado, dal momento che essa cessa di aver vigore non perché sia viziata da una originaria nullità ad essa inerente, ma per una censura sopravvenuta da parte di un'autorità giudiziaria superiore.

Queste obiezioni, che pure hanno tutto il loro peso in teoria e potranno averlo praticamente *in iure condendo* anche sull'istituto della cassazione, non valgono a persuadermi che si possa oggi nel nostro diritto positivo distinguere tra *annullamento* e *cassazione semplice*. Io penso, infatti, che se è norma fondamentale del nostro processo che « la validità del giudicato non dipende dalla sua giustizia » (retro, n. 83) non è escluso che questa regola possa ammettere delle eccezioni (retro, n. 95, 2 *b*), e che, pertanto, eccezional-

mente, casi di ingiustizia *in iudicando* possano essere trattati nel processo, agli effetti della impugnabilità della sentenza, come casi di annullabilità *in procedendo*. Un esempio classico di questo fenomeno si è veduto nel diritto romano dove la sentenza *contra ius constitutionis*, ingiusta nel contenuto, ma perfettamente regolare nella costruzione processuale, era per motivi politici considerata giuridicamente inesistente, come una sentenza viziata da un vero e proprio *error in procedendo* (vol. I, capit. II); un secondo esempio altrettanto tipico ci è offerto dal diritto intermedio, nel quale, per mezzo della *querela nullitatis*, la sentenza che fosse viziata da *notoria iniustitia* nel suo contenuto poteva non solo essere annullata (*irritari*) ma addirittura esser dichiarata nulla (*declarari nullam*), come se fosse stata viziata nella sua costruzione processuale da una nullità *iuris naturalis* (vol. I, n. 76). Non diversamente è considerata, a mio avviso, nel diritto francese e quindi nel diritto italiano, la impugnativa in sede di cassazione per « violazione o falsa applicazione di legge » *in iudicando*: per le ragioni politiche che conosciamo, nel sistema della Cassazione la sentenza, il cui contenuto si basi su un errore di diritto, è considerata annullabile come se fosse viziata da qualche difetto di costruzione processuale, in modo che la ingiustizia *in iure* ha eccezionalmente sulla validità della sentenza la stessa conseguenza di un *error in procedendo* (15). Non ho mancato di mettere in luce nella Parte storica (vol. I, n. 120) come, nei primordi dell'istituto, nulla di comune vi fosse concettualmente tra « annullabilità » e « cassabilità » della sentenza: poiché la cassazione avveniva, nell'*ancien régime* e nei primi anni della rivoluzione francese, non come riconoscimento di un diritto di impugnativa del ricorrente, ma come atto di autorità dello Stato, che interveniva, per un interesse pubblico ben distinto da quello della parte, a toglier vigore a una sentenza fino a questo momento pienamente valida (vol. I, n. 114 e n. 177); ma anche nella Parte storica ho notato (vol. I, n. 119 e n. 172), e a lungo ho studiato nei primi capitoli di questo volume (spec. capit. VI)

(15) Il KOHLER, *Prozess und Nichtprozess*, osserva che la confusione fatta dal diritto romano tra nullità e ingiustizia della sentenza (in quanto per una ragione politica, si reputò nulla la sentenza *contra ius constitutionis* che in realtà era soltanto ingiusta) è rimasta fino ai giorni nostri a dimostrare quali danni nascono quando la politica si mischia al diritto; e che soltanto oggi la scienza processuale è giunta a comprendere e a rimuovere l'errore. Può darsi che la correzione di questo errore sia ormai attuata nel processo germanico, ma certamente tale non è nel processo francese e italiano, dove l'istituto della Cassazione mantiene ancora la struttura che gli derivò dalla sua origine politica.

come a un certo punto lo Stato, per meglio sfruttare ai proprî fini la iniziativa privata, abbia ritenuto opportuno di riconoscere alle parti un vero e proprio diritto di impugnativa, cioè il diritto ad ottenere l'annullamento di una sentenza basata su un *error iuris in iudicando,* simile nel suo esercizio e nei suoi effetti processuali al diritto di impugnativa competente alle parti contro una sentenza viziata da una vera nullità *in procedendo.* Da questo momento tra « cassabilità » ed « annullabilità » non vi è stata, nel diritto francese e in quelli su esso modellati, nessuna differenza di effetti: e quantunque possa sembrare illogico che una sentenza si consideri come non mai esistita per il solo fatto che il giudice nell'applicare la legge l'ha interpretata in un senso che in seguito un giudice superiore non ha approvato, pure, dal momento che nel nostro diritto il ricorso per cassazione, anche se si basa sul n. 3 dell'art. 517, è costruito come un mezzo *straordinario,* cioè (retro, n. 92) come una azione di impugnativa fondata su un vizio inerente alla sentenza passata in giudicato, mi sembra che questa impugnativa debba portare a conseguenze non diverse da quelle a cui porta ogni azione di impugnativa, cioè a ristabilire a tutti gli effetti quella situazione processuale che esisteva prima della pronuncia della sentenza cassata.

113. — A conclusioni perfettamente identiche a quelle cui giunge il CHIOVENDA arriverei invece qualora il ricorso per cassazione basato su un *error in iudicando* fosse costruito non come un'azione di impugnativa, ma come un vero mezzo di gravame, sul tipo della Revisione germanica: talché mi sembra che la teoria del CHIOVENDA, cui non mi sento di accedere per il ricorso in cassazione del nostro diritto, si attagli invece perfettamente all'istituto che nel diritto germanico corrisponde alla nostra Cassazione.

Sappiamo già (vol. I, n. 203) che nel processo germanico non è stato adottato, come da noi, il principio francese del doppio grado di giurisdizione, e che si è preferito ad esso il sistema tradizionale in Germania della terza istanza, per cui ogni processo deve poter passare in tre distinte fasi attraverso l'esame successivo di tre giudici diversi: il passaggio dalla istanza inferiore a quella superiore è provocato coll'esercizio di veri mezzi di gravame (retro, n. 86), che si chiamano rispettivamente *Berufung* per il passaggio dal primo al secondo grado, e *Revision* per il passaggio dal secondo al terzo grado. Il *Berufung* è un mezzo di gravame *totale* come il nostro appello (retro, n. 86); mentre la *Revision* è un mezzo di gravame doppiamente *parziale,* perché riapre il solo stadio decisorio, e perché limita il riesame alla sola *quaestio iuris* (retro, *ibidem*).

La Revisione germanica, quantunque formalmente unica, si scinde in realtà in due istituti profondamente diversi (retro, n. 101), uno dei quali ha il carattere di una vera azione di impugnativa volta a fare annullare per un *error in procedendo* la sentenza d'appello, mentre l'altro è un mezzo per provocare una terza istanza *in iure* sulla controversia di merito. Nella prima forma la revisione ha funzione di annullamento e non differisce, come costruzione processuale, dal nostro ricorso in cassazione per vizî di attività, specialmente dopo la modificazione apportata nel 1905 al § 559 *CPO* (16), secondo la quale quando il ricorso in revisione si basa su vizî di attività, il giudice si deve limitare a conoscere dei motivi di annullamento fatti valere dal ricorrente (17). Nella seconda forma, invece, la revisione esercita sul merito della controversia una funzione analoga a quella del nostro appello, sia pure con quella molto maggior ristrettezza di riesame che le deriva dalla preclusione della questione di fatto in seconda istanza; la sentenza di secondo grado ancora soggetta a revisione è dunque, nel diritto germanico, priva di efficacia esecutoria, come la nostra sentenza di primo grado ancora soggetta ad appello, e al pari di questa (e a differenza della nostra sentenza d'appello ancora soggetta a cassazione: retro, n. 98) può essere considerata come sottoposta a condizione sospensiva (retro, n. 88). Si imagini ora come si svolge, nel diritto germanico, il giuoco delle tre istanze: la decisione di primo grado, soggetta all'esperimento del *Berufung*, nasce in uno stato di pendenza, poiché la sua attitudine a diventare definitiva è sospesa dalla possibilità del secondo grado; se l'appello è esperimentato e la seconda istanza porta a una nuova decisione, la pronuncia di primo grado, venendo a mancare la condizione perde ogni attitudine a passare in giudicato, e ad essa si sostituisce la decisione di secondo grado, la quale però, nel diritto tedesco, non è ancora il giudicato, ma nasce anch'essa, come sopra si è detto, in uno stato di pendenza, dinanzi alla possibilità che una terza decisione sia emanata nell'istanza di revisione; e se viene interposta domanda di revisione e il *Reichsgericht* emette, nei casi in cui può farlo, una nuova decisione sul merito, questa è *la vera* sentenza, che fa mancare alla sentenza di secondo grado la condizione per passare in giudicato. Qui, dunque, alla decisione di prima istanza la possibilità di passare in giudicato è chiusa dalla pro-

(16) Cfr. SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 126, III.

(17) Si ha dunque in questo caso un mezzo di gravame in funzione di querela di nullità, come può riscontrarsi anche nel nostro diritto (retro, n. 90 *a* e n. 94, 1]).

nuncia della decisione di seconda istanza, alla quale la possibilità di passare in giudicato è, a sua volta, chiusa dalla pronuncia della sentenza di revisione: né si può dire, qui, che la sentenza di revisione *annulli* la decisione di appello, perché non le ritoglie, a causa di qualche vizio ad essa inerente, una validità che essa già avesse acquistato, ma solo le impedisce, come normale conseguenza del sistema della pluralità delle istanze, di assumere quel carattere di definitività, per acquistare il quale essa aveva, dal punto di vista della sua costruzione processuale, tutti i requisiti.

Ma, per dimostrare anche più chiaramente come la teoria del CHIOVENDA si adatti meglio alla Revisione germanica che alla nostra cassazione, bisogna considerare l'ipotesi, fatta dalla prima parte del § 565 *CPO*, che il giudice di revisione non decida definitivamente sul merito, ma si limiti a risolvere la questione di diritto, rinviando poi la lite allo stesso giudice *a quo* perché risolva la questione di fatto e definisca la lite (vol. I, n. 217 *c*). In questo caso la sentenza del giudice di revisione che fissa il punto di diritto e rinvia, ha l'effetto di togliere di mezzo (*Aufhebung*, §§ 564-65 *CPO*) la decisione del giudice d'appello; ma se questa terminologia della legge potrebbe, come quando noi diciamo che il giudice d'appello « riforma » la sentenza di primo grado, far credere che il giudice di revisione ritolga alla sentenza di secondo grado la validità di giudicato che questa abbia già acquistata, in realtà qui non siamo di fronte a un *iudicium rescindens* (18) né a un conseguente annullamento derivante dall'accoglimento di un'azione d'impugnativa, poiché la decisione di secondo grado non era ancora passata in giudicato e poiché la revisione ha in questo caso il carattere di un vero mezzo di gravame, che provoca da parte del giudice di revisione un completo riesame di tutta le questione di diritto anche all'infuori degli *errores in iudicando* rilevati dal ricorrente (19). Qui, dunque, *aufheben* non significa « annullare », come nel caso in cui la revisione sia accolta per un *error in procedendo*, ma significa soltanto « togliere la possibilità di passare in giudicato »; e siccome in questa

(18) Su questo punto non c'è molta chiarezza negli Autori germanici: HELLWIG, *System*, I, § 239, III, 4, tratta questo caso, quantunque non lo dica esplicitamente, come un *iudicium rescindens*, dato che egli non distingue tra mezzo di gravame e azione di impugnativa; SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 126, III, considera questa *Aufhebung* come una vera *Kassation;* ma il KOHLER, *Zivilpr.*, § 81, considera anche la *Revision* come un vero *Rechtsmittel*, che si propone contro una pronuncia soggetta a condizione risolutiva.

(19) § 559, ultimo comma. È questa la disposizione fondamentale per la quale la Revisione germanica si differenzia dalla nostra Cassazione: cfr. vol. I, n. 222 e SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 805-807.

ipotesi, la sentenza del giudice di revisione, mentre toglie la possibilità di passare in giudicato alla decisione di appello non sostituisce ad essa una nuova sentenza di merito, ma si limita a preparare degli elementi per l'ulteriore giudizio, rinviando la causa per la nuova decisione allo stesso giudice di secondo grado, così vi è un periodo, che va dalla pronuncia della sentenza di revisione fino alla pronuncia della nuova sentenza di merito in sede di rinvio, in cui più non esiste alcuna sentenza di merito; invero, la decisione di revisione non è ancora una sentenza di merito, la decisione di secondo grado ha perduto la possibilità di passare in giudicato dal momento in cui è stata pronunciata la sentenza di revisione che risolve la questione di diritto e rinvia, e la decisione di primo grado ha perduto la possibilità di passare in giudicato fin da quando fu pronunciata la sentenza d'appello. La sentenza di revisione che non decide definitivamente sul merito ha sulla sentenza d'appello gli stessi effetti che, nel nostro diritto, ha sulla sentenza di primo grado la sentenza interlocutoria emessa in seconda istanza: la quale, quantunque non decida il merito, toglie alla sentenza di primo grado la possibilità di acquistare la forza di cosa giudicata (arg. ex. art. 341, cpv., CPC) (20). Né si potrebbe sostenere, nel processo germanico, che in questo caso torni in vita la sentenza di primo grado: poiché qui la sentenza di secondo grado non è stata annullata, ma soltanto le è stato impedito di passare in giudicato, il che, peraltro, non ha fatto venir meno in essa, in confronto colla sentenza di primo grado, quel carattere di pronuncia valida di un giudice superiore che fin dall'inizio, quantunque essa fosse sottoposta a condizione sospensiva, le era bastata per sovrapporsi alla pronuncia di primo grado e per togliere a questa ogni possibilità di trasformarsi in vera e propria sentenza.

Qui dunque si può veramente dire che la sentenza di secondo grado « rimane come atto giuridico in sé valido che si è sovrapposto alla sentenza di primo grado e le ha tolto ogni valore potenziale di sentenza » (21); ma questo, unicamente perché la Revisione è qui costruita come un mezzo di gravame, che dà luogo, mentre la sentenza di secondo grado non è ancora passata in giudicato, a un riesame complessivo in terza istanza di tutta la que-

---

(20) Cfr. SRAFFA (citato dal CHIOVENDA, *Principii*, pag. 399, nota 1), il quale si limita appunto a studiare le conseguenze sulla sentenza di primo grado della interlocutoria pronunciata in grado d'appello, senza esaminare il problema della cassazione (in « R. d. co. », 1906, II, 538).

(21) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 399. Cfr. retro, n. 112.

stione di diritto: lo stesso non mi pare che si potrebbe dire della nostra Cassazione, nella quale anche il ricorso basato su « violazione o falsa applicazione di legge » *in iudicando* ha sempre la struttura di un'azione di impugnativa che, in base a un determinato vizio fatto valere dal ricorrente, mira a ottenere l'annullamento di una sentenza già passata in giudicato.

Concludendo, io ritengo che la cosiddetta « cassazione semplice » della sentenza d'appello per « violazione o falsa applicazione di legge » dia luogo, nel nostro diritto, a un vero e proprio annullamento del giudicato, che fa rivivere, come se l'annullamento fosse avvenuto per *error in procedendo*, la sentenza di primo grado. Non mi nascondo che le conseguenze pratiche di questa soluzione sono tutt'altro che soddisfacenti (22); ma credo, d'altra parte, che il rendersi conto di ciò, se può indurre a desiderare una riforma dell'istituto che elimini questi inconvenienti, non può autorizzare a considerare fin d'ora il nostro ricorso in cassazione non quale è *in iure condito*, ma quale *in iure condendo* è forse da augurarsi che sia.

114. — Abbiamo finora considerato il ricorso per cassazione (senza distinguere in questo se si basi su un vizio di attività o su un vizio di giudizio) come un'azione di impugnativa con effetto costitutivo (retro, n. 84) e, in corrispondenza, la sentenza soggetta a cassazione come una sentenza *valida*, ma *annullabile* qualora nel termine prescritto sia regolarmente esperimentata la impugnativa. Il principio germanico della « validità formale » della sentenza (vol. I, n. 42) che ha trasformato il concetto romano di inesistenza giuridica in quello odierno di impugnabilità della sentenza difettosa, trova nell'istituto della Cassazione la sua più efficace espressione: e quantunque anche la nostra legge, colla consueta inesattezza di terminologia (23), parli costantemente di « sentenza nulla » (per es., art. 361; art. 517, n. 2, CPC) e di « nullità » del procedimento (per es., art. 517, n. 1) è indubbio che, quando in sede di cassazione si parla di « nullità » della sentenza, si ha di mira, per solito, un concetto che meglio dovrebbe essere espresso colla parola « annullabilità » (24).

---

(22) Cfr. le osservazioni di CHIOVENDA, *Principii*, pag. 399, e in « F. it. », 1912, I, vol. 242.

(23) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 899, nota 1.

(24) Cfr. per il diritto francese, vol. I, n. 201; l'HENRION DE PANSEY, *Autorité judiciaire*, cap. XXXI, sez. X, distingue tra il caso in cui la sentenza è cassata per violazione di legge (azione costitutiva) e quello in cui è dichiarata nulla

Pur tuttavia, poiché anche nel nostro diritto si possono avere dei casi in cui il vizio da cui è affetta una sentenza è tale da toglierle ogni attitudine pratica a portare la certezza sul rapporto controverso (*nullità assoluta*) o da toglierle perfino quel *minimum* di elementi essenziali senza i quali il nostro ordinamento giuridico non ammette che possa esistere una sentenza (*inesistenza giuridica*), ci si può domandare se per questi vizî del giudicato, le cui conseguenze possono essere dichiarate per mezzo di una semplice azione di accertamento negativo (retro, n. 84) sia esperimentabile (se *debba* essere esperimentato vedremo oltre, n. 115) il ricorso per cassazione. La risposta affermativa non mi sembra che possa esser dubbia: come abbiamo ammesso la possibilità di un mezzo di gravame in funzione di azione di impugnativa (retro, n. 90 *a*), così si deve ammettere la possibilità che un mezzo straordinario, costruito normalmente come un'azione di impugnativa, possa, per evidenti ragioni di economia pratica, quando il vizio su cui l'azione si basa sia tale da impedire *ipso iure* il formarsi di un giudicato valido, funzionare da azione di accertamento negativo (25) (retro, n. 90 *b*).

Questa opinione trova del resto esplicita conferma nel fatto che lo stesso art. 517 CPC contempla espressamente come motivi di cassazione, insieme con vizî che producono soltanto la annullabilità del giudicato, alcuni vizî che non possono non essere considerati come motivi di vera inesistenza giuridica, o, secondo i casi, di nullità assoluta della sentenza di appello. Cito tra i primi il vizio, difficile a verificarsi in pratica, ma pure letteralmente contemplato dagli articoli 360-361, cui si riferisce il n. 2 dell'articolo 517, di assoluta omissione del dispositivo, mancando il quale manca anche quella qualsiasi pronuncia, senza di che non è concepibile che *esista* una sentenza (26); e tra i secondi cito il vizio contemplato dal n. 7 dell'art. 517, che finora non ho considerato né tra gli *errores in procedendo* né tra gli *errores in iudicando*, poiché mi riserbavo di trattarne a parte, data la singolarità della sua natura.

Nel caso in cui la sentenza d'appello « contenga disposizioni con-

---

(azione di accertamento) per *excès de pouvoir* (*ib.*, cap. XXXIII). La inesattezza della terminologia dei Codici è rilevata anche per il CPP: cfr. MATTEOTTI, *Nullità assoluta della sentenza penale*, n. 1.

(25) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 898: « Se la sentenza è impugnabile, l'impugnativa può *anche* servire per far valere il motivo di nullità e di inesistenza »; e, anche più specificatamente, a pag. 1032.

(26) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 899.

traddittorie » (art. 517 n. 7 CPC), essa, che pure è passata in giudicato in senso formale, non ha attitudine a portare la certezza sul rapporto sostanziale controverso (cosa giudicata in senso sostanziale), poiché se la parte dispositiva contiene delle statuizioni che si contraddicono, in modo che l'una non può essere eseguita senza che l'altra diventi ineseguibile, si può dire che esse si neutralizzano e si eliminano a vicenda, come algebricamente la somma di due quantità uguali, l'una positiva e l'altra negativa, equivale a zero. La contraddittorietà del dispositivo (alla quale si può parificare la indeterminabilità, la incomprensibilità, la sua pratica ineseguibilità: retro, n. 79, II D, *b*) ha origine in un vizio del giudizio; non si tratta, qui, di un difetto di espressione, onde la contraddittorietà abbia avuto la sua origine non nel pensiero del giudice, ma in quelle attività accessorie che miravano a formulare in iscritto i resultati di questo pensiero (retro, n. 91 *b*); e neppure si tratta di un difetto meramente formale, come sarebbe quello della omissione assoluta nella sentenza scritta della parte dispositiva (art. 517, n. 2). Qui il difetto ha proprio sede in quel lavoro logico che il giudice deve compiere nella sua mente attraverso una serie di sillogismi (retro, n. 79, II D, *b*); ma anziché in una inconciliabilità tra premesse e conclusione, o in una contraddittorietà delle diverse premesse tra loro (difetto di motivazione, oltre, n. 121 δ), il vizio logico si è qui trasfuso nella volizione, in quanto il giudice ha insieme voluto e non voluto, ossia ha insieme accertato la esistenza di più concrete volontà di legge che a vicenda praticamente si annullano. Considerato nella sua origine, il motivo contemplato nell'art. 7 dell'art. 517 CPC è dunque un vero e proprio *error in iudicando*; ma poiché la sua esistenza produce non soltanto un giudicato ingiusto, ma un giudicato praticamente inattuabile, questo vizio può essere considerato anche come un *error in procedendo*, che vizia la sentenza come « provvedimento » allo stesso modo che la assoluta mancanza del dispositivo la vizia come « atto scritto » (27).

La sentenza che contenga disposizioni contraddittorie è un caso veramente tipico di sentenza assolutamente nulla (retro, n. 82 *b*) (28), poiché essa, se pure non può dirsi inesistente, poiché ha effetti di sentenza nel processo in cui è stata emanata, non ha praticamente la forza di rendere incontrovertibile in altri futuri processi il rapporto controverso, che essa, se è lecito il giuoco di parole, ha de-

(27) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1032; KOHLER, *Zivilprozessrecht*, § 83.

(28) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 899; WACH, *Urteilsnichtigkeit*, I, § VII, 2. Cfr. il mio scritto *Vizi della sentenza*, n. 21.

ciso colla indecisione, ha accertato colla incertezza. In questo caso, dunque, il ricorso per cassazione che sia esperimentato ex art. 517, n. 7, non porterà, se accolto, ad un effetto costitutivo, poiché la Corte di cassazione non dovrà sulla sentenza viziata da contraddizione nel dispositivo operare alcun mutamento giuridico, ritogliendole qualcosa (*annullamento*), ma dovrà limitarsi a riconoscere la esistenza di quel vizio che fin dal momento in cui la sentenza è nata le ha impedito di acquistare nel commercio giuridico qualsiasi valore pratico.

In tale ipotesi (29), ed in ogni altra in cui il vizio che affligge la sentenza sia tale, per la sua natura, da produrre *ipso iure* la giuridica inesistenza o la assoluta nullità del giudicato, il *ricorso per cassazione da azione di impugnativa si trasforma in una pura e semplice azione di accertamento negativo* (30).

115. — Si è veduto (retro, n. 114) che il ricorso per cassazione, che, nella sua destinazione caratteristica, serve a far valere motivi di annullabilità con effetto costitutivo, può anche servire a far valere, con effetto meramente dichiarativo, motivi di inesistenza giuridica o di nullità assoluta del giudicato; ma il problema si può rovesciare: poiché si può domandare se il ricorso per cassazione sia non solo *un* mezzo, ma anche l'*unico* mezzo per far valere questi motivi di inesistenza o di nullità assoluta contro la sentenza d'appello, in modo che, scaduto il termine per ricorrere in cassa-

(29) Cfr. Tuozzi, *Cosa giudicata*, n. 33.

(30) Un caso caratteristico di ricorso per cassazione con funzione di accertamento negativo si ha nel ricorso per incompetenza che per la L. 31 marzo 1877 si porta alle Sezioni unite contro le sentenze delle giurisdizioni speciali (art. 3). La « nullità » di queste sentenze, di cui parla l'articolo stesso, è, quando siano rese in materia di competenza del giudice ordinario, un caso di nullità assoluta e quindi insanabile, che può essere *dichiarata* per mezzo del ricorso in cassazione, ma che, anche se il ricorso non è esperimentato a tempo, può poi essere dichiarata mediante una ordinaria azione di accertamento. Cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 368, 371, 899 (ma questa opinione non è pacifica: cfr. la dottrina citata *ibidem*, in nota a pag. 369). A questo ricorso con funzione di azione di accertamento, fa singolare riscontro nel nuovo CPP quel ricorso in cassazione che « può essere *in ogni tempo* proposto » per difetti di legittima costituzione, incompetenza od eccesso di potere contro le sentenze dei giudici penali speciali (art. 500, cpv. CPP); il fatto che questo ricorso può essere presentato « in ogni tempo » dimostra che i vizî per i quali esso è esperimentabile quando siano inerenti a sentenze di giudici speciali, dànno luogo a nullità assoluta, che non può mai essere sanata: cfr. Lanza, *Principii*, nn. 450-451; Matteotti, *Nullità*, n. 18 (il quale però, anche in questo caso, si ostina a vedere qui un caso di annullabilità: ma dire sentenza « in ogni tempo annullabile » non equivale a dire sentenza assolutamente nulla?).

zione debba anche intendersi preclusa ogni possibilità di far rilevare con altro mezzo quei vizî.

Fino a pochi anni fa la scienza italiana, sulle traccie degli scrittori francesi i quali ripetevano che il loro diritto aveva ormai dato il bando assoluto alle *voies de nullité*, riteneva che le conseguenze che possono derivare sulla validità del giudicato da qualche vizio ad esso inerente non siano determinabili se non mettendole in relazione col sistema positivo dei mezzi per impugnare le sentenze: nel nostro processo, si diceva, tutte le nullità del giudicato sono sanabili, poiché sufficiente garanzia per farle valere sono i mezzi che la legge processuale offre per impugnare il giudicato, e specialmente il ricorso per cassazione che equivale a una vera e propria querela di nullità; onde, se l'interessato non si serve, nel termine e nelle forme determinati, dei rimedî che il processo con larghezza gli offre, la necessità pratica di assicurare nel più breve tempo possibile la stabilità dei giudicati richiede che il vizio non ritualmente rilevato debba considerarsi perpetuamente sanato (31).

Era questa una spiegabilissima reazione a quella caotica confusione di concetti, così propizia al fiorire delle cavillosità forensi, cui nel diritto intermedio aveva dato luogo il ritorno dottrinario delle *nullitates insanabiles* contro il principio della validità formale del giudicato accolto dalla legislazione statutaria (vol. I, capit. XI); ma si cadeva così d'altra parte, in un opposto eccesso, poiché illogicamente si veniva ad ammettere che il decorso del termine di impugnativa potesse avere, non si sa per quale miracolosa virtù, l'effetto di dare perfezione ed efficacia pratica di sentenza anche a una pronuncia che non avesse in sé i requisiti indispensabili per portare la certezza giuridica sul rapporto controverso.

Per sottrarsi alle assurde conseguenze cui avrebbe condotto la affermazione assoluta del principio che nel nostro diritto « tutte le nullità sono sanabili », gli stessi fautori di questa dottrina si videro forzati ad ammettere che il decorso del termine di impugnativa non potesse aver la forza di trasformare in sentenza giuridicamente esistente la pronuncia emanata da chi non fosse giu-

---

(31) LESSONA, *Nullità e inesistenza della sentenza*; CALDA, *Le nullità assolute, della sent. civ.* Quest'ordine di idee è stato ripreso recentemente, per il processo penale, dal MATTEOTTI, *Nullità assoluta della sentenza penale*. Cfr. il mio scritto, *Vizî della sentenza*, nn. 1-2, ed ivi più ampia bibliografia. Si consultino anche: GATTI, *Autorità del giudicato civile*, cap. IV, con interessanti riferimenti storici; TUOZZI, *Cosa giudicata*, nn. 31-36.

dice (32), e che di conseguenza vi fosse almeno questo caso in cui, anche dopo trascorso il termine di impugnativa, la *inesistenza giuridica* (retro, n. 82 *a*) della apparente sentenza potesse esser fatta valere con altri mezzi come perpetuamente insanabile. Ma gli studiosi di questi ultimi anni (33) hanno dato, in Italia e in Germania (dove pure non mancano coloro che ritengono tutti i vizi sanati colla preclusione delle impugnative) (34), un nuovo orientamento alla soluzione della questione: poiché più logicamente sono partiti dall'esaminare, indipendentemente dalla esperimentabilità dei mezzi di impugnativa, le conseguenze che i vizi del giudicato, considerati nella loro diversa natura, possono avere sulla sua validità, per poi prendere a base della teoria dei mezzi di impugnativa i risultati di questa indagine condotta in modo assolutamente autonomo dalla teoria stessa (35). Si è giunti così, con questo metodo indubbiamente più razionale, ad isolare, accanto al concetto di *inesistenza giuridica,* anche quello di *nullità assoluta* del giudicato (retro, n. 82 *b*): e si è concluso che la preclusione dei mezzi di impugnativa, ordinarî e straordinarî, non valeva a sanare i vizi compresi sotto questi due concetti, i quali possono essere in ogni tempo rilevati con una semplice azione di accertamento negativo.

Questa seconda soluzione mi è sempre sembrata la sola sodisfacente (36): in verità, se anche i fautori dell'opposta tesi non possono non riconoscere che il ricorso per cassazione, quando serve a far valere motivi di inesistenza o di nullità assoluta del giudicato, si

---

(32) LESSONA, *Nullità e inesistenza,* n. V; GARSONNET, *Traité,* V, § 1978; MATTEOTTI, n. 15 e segg. Il caso che « la decisione sia stata data da una persona non chiamata affatto a fungere da giudice » è contemplato espressamente come caso di inesistenza giuridica dai Motivi al *CPO* germanico (HAHN, I, 378) e austriaco (*Materialien,* Wien, 1897, I, 369). Cfr. anche HELLWIG, *System,* I, § 174, II; KROSCHEL, pag. 160-161.

(33) Per indicazioni bibliografiche, cfr. retro, n. 82, note. Sono fondamentali da noi i *Principii* del CHIOVENDA, e in Germania i tre scritti del WACH (citati in « Letteratura ») relativi alla *Urteilsnichtigkeit.*

(34) Cfr. BÜLOW, *Civilpr. Fiktionen und Wahrheiten,* pag. 75; KROSCHEL, *Die sogennante absolute Nichtigkeit des Strafurtheile,* pag. 143; FRIEDLAENDER, *Die Lehre von der absoluten Nichtigk.,* pag. 344.

(35) Cfr. CHIOVENDA, *Principii,* pag. 372, nota 1; 490, nota 1; 898; WACH, *Urteilsnichtigkeit,* I, 393-394; III, 266. In questo senso anche: BALIGAND, *Absoluten Urteilsnichtigkeit,* pag. 176-178; e SKEDL, *Urteilsn. im österr. Prozessrecht,* § V; LÖFFLER, *Unheilbare Nichtigkeit.*

(36) Cfr. il mio più volte citato scritto *Vizî della sentenza e mezzi di gravame,* destinato appunto a dimostrare come gli effetti dei vizî del giudicato sulla sua validità debbono essere studiati indipendentemente dalla teoria dei mezzi di impugnativa.

riduce a una azione di mero accertamento negativo (retro, n. 114), non riesco a comprendere come essi possano sostenere che, nei casi in cui gli stessi motivi non siano fatti valere tempestivamente con questo mezzo debba esser precluso l'esercizio di quella generale azione di accertamento, della quale in questo caso il ricorso per cassazione non sarebbe che una speciel Che collo scadere del termine per ricorrere in cassazione si debbano intendere sanati tutti quei vizi che rendono la sentenza semplicemente annullabile, è certo: le azioni di impugnativa, — sotto la cui figura rientra in questi casi il ricorso per cassazione — sono per loro natura prescrittibili (retro, n. 84) ed è perfettamente corrispondente alla tendenza del processo moderno eliminare nel più breve termine possibile tutti quei vizi la cui esistenza non toglie irrimediabilmente al giudicato la possibilità di raggiungere il suo scopo sociale. Ma parlare di prescrizione di fronte alle azioni di accertamento negativo è, giuridicamente, un assurdo (retro, n. 84): poiché se, dinanzi all'azione di impugnativa, lo scadere del termine segna il cadere di quella minaccia di annullamento che finora incombeva sul giudicato, ossia il definitivo consolidarsi del giudicato stesso, il limitare dentro un termine l'azione di accertamento negativo vorrebbe dire, non già sanare il vizio (poiché non v'ha preclusione di termini che riesca a far vivere una sentenza che non è mai stata viva, a render chiara e significativa una sentenza che non ha mai significato nulla!), ma vietare di far la luce su un fenomeno che già esiste come realtà giuridica, cioè su quel vizio che toglie in perpetuo alla sentenza ogni attitudine a portare la stabilità e la certezza nei rapporti giuridici. In verità questo sarebbe il colmo del bizantinismo; per tutelare, nell'interesse della pace sociale, la stabilità dei giudicati, si arriverebbe a far servire la incontrovertibilità, che normalmente deriva dalla cosa giudicata, allo scopo perfettamente opposto, di rendere definitivo e incontrovertibile lo stato di incertezza giuridica del rapporto controverso! (37).

Il problema posto all'inizio di questo paragrafo deve dunque essere risolto, a mio parere, nel senso che la preclusione del termine per ricorrere in cassazione produca la sanatoria di tutti i vizî che rientrano nel concetto generale di annullabilità, mentre, anche dopo scaduto il termine per ricorrere in cassazione, possono esser fatti valere (38) i vizî che producono la inesistenza o la nullità assoluta

(37) *Vizî della sentenza*, nn. 19-20.

(38) Con che mezzi possano esser fatti valere, cfr. in CHIOVENDA, *Principii*, pag. 899.

del giudicato, i quali sono rilevabili senza limiti di tempo. Nel diritto italiano, dunque, esistono, in relazione alla sanabilità, due soli gruppi di nullità: quelle che si sanano (nullità *sanabili* = annullabilità) nel breve termine che la legge concede per l'esperimento del ricorso in cassazione (o della revocazione, nei casi in cui essa è una vera *actio nullitatis*: retro, n. 95, 2 *c*), e quelle che non si sanano mai (nullità *insanabili* = inesistenza giuridica e nullità assoluta); non esiste tra questi due gruppi, come nelle leggi a tipo germanico, un gruppo intermedio di nullità che sopravvivono al breve termine dato per provocar la revisione, ma che si sanano col decorso di un più lungo termine, ove non siano fatte valere, prima della scadenza di queste, per mezzo di una apposita *azione di nullità* (39).

---

(39) Una vera azione di nullità (*Nichtigkeitsklage*) si ha nelle leggi processuali: germanica, § 579; austriaca, § 529; ungherese, § 563. Questa azione, che si porta di solito dinanzi allo stesso tribunale che ha emanato la sentenza impugnata (rispettivamente: § 584, § 532, § 566), serve a far valere *errores in procedendo*, che non sia stato possibile alla parte far valere con un mezzo di impugnativa ordinario (risp.: § 579, cpv. ultimo; § 529, cpv. ultimo; § 564) e che si riassumono nel difetto di costituzione dell'organo giudicante (risp.: § 579, nn. 1-3; § 529, n. 1; § 563, nn. 1-3) o nel difetto di rappresentanza (risp.: § 579, n. 4; § 529, n. 2; § 563, nn. 4-6). La possibilità di valersi di questa azione dura: cinque anni nel diritto germanico (§ 586, cpv. 1°) e nel diritto ungherese (§ 567), dieci anni nel diritto austriaco (§ 534, cpv. ultimo); ma, quando la parte sia venuta a conoscenza del vizio, deve, a pena, di decadenza, esercitare l'azione entro un breve termine preclusivo, che è di un mese nel diritto germanico (§ 586) e austriaco (§ 534), di sei mesi nel diritto ungherese (§ 567). Quando si tratti però di nullità derivante da difetto di rappresentanza, l'azione può essere esperimentata senza limiti di tempo (§ 568, cpv. ultimo; § 534, cpv. ultimo; § 567, cpv. ultimo), purché, anche qui sia fatta valere nel termine preclusivo di un mese o di sei mesi dalla notizia del vizio. In questi diritti si hanno dunque tre gruppi di annullabilità:

a) annullabilità che si sanano col giudicato e che devono essere fatte valere con un mezzo di gravame (retro, n. 90 *a*);

b) annullabilità che sopravvivono al giudicato, e che si sanano quando la parte interessata che ne venga a conoscenza non le faccia valere entro un breve termine preclusivo, o quando la parte interessata non ne sia venuta a conoscenza entro un più lungo termine prescrizionale;

c) annullabilità che non si possono mai sanare per il solo decorso del tempo, senza che la parte ne sia venuta a conoscenza, ma che si sanano soltanto quando la parte che ne venga a conoscenza non le faccia valere entro un breve termine preclusivo.

In tutti questi casi si tratta sempre di annullabilità, che non devono essere confuse coi motivi di nullità assoluta o di inesistenza del giudicato: cfr. Chiovenda, *Principii*, pag. 900, nota 3. Quindi questa azione di nullità ha sempre carattere costitutivo: cfr. Hellwig, *System*, § 241, III, 2; cfr. anche su questa materia Schmidt, *Lehrbuch*, § 127. Cfr. vol. I, n. 218, in fine.

Colle considerazioni finora esposte io non ho fatto altro che accennare in qual modo debba essere impostata la ricerca, quando si voglia stabilire se un determinato vizio del giudicato si abbia da intender sanato colla preclusione del ricorso per cassazione: non ho minimamente inteso di risolvere analiticamente il problema relativo alla natura di ciascuno dei singoli vizî, come farò a suo tempo nella Parte speciale. Debbo peraltro avvertire fin d'ora che la possibilità di questi vizî che non si sanano colla preclusione delle impugnative, non deve far dimenticare che essi rappresentano, nel processo moderno, la eccezione: e che la regola è pur sempre costituita dal principio della sanabilità dei vizî col decorso dei termini per l'impugnativa (40). Ciò è tanto più necessario tener presente oggidì, per evitare che penetri nel processo civile una tendenza energicamente affermata nel campo del processo penale dal LANZA, secondo il quale « tutte indistintamente le nullità di cui all'art. 136 CPP, se non dedotte durante il giudizio o non sollevate, possono essere sollevate in sede di esecuzione anche quando la sentenza è divenuta irrevocabile » (41): questa concezione, la quale, se trasportata nel processo civile, condurrebbe ad affermare che, anche dopo decorso il termine per ricorrere in cassazione, possa essere dichiarata nulla in sede di esecuzione una sentenza viziata da uno qualunque di quei difetti del rapporto processuale o del procedimento che possono essere, nel corso del giudizio, rilevati d'ufficio dal giudice, e che per questo si dicono nullità assolute o insanabili (retro, n. 81) parte dal credere, a mio modesto avviso non esattamente, che la nullità cosidetta *assoluta* o *insanabile* di un singolo atto del procedimento o del rapporto processuale debba avere come conseguenza immancabile la nullità *assoluta* o *insanabile* del giudicato; mentre è noto che, almeno nel processo civile, la più notevole differenza pratica che distingue le cosidette nullità *assolute* o *insanabili* dalle cosidette nullità *relative* o *sanabili* del rapporto processuale o di un singolo atto del procedimento consiste in ciò, che quelle, a differenza di queste, devono essere, finché non si sia formato il giudicato, dichiarate d'ufficio dal giudice: il che non toglie che, una volta formatosi il giudicato, tanto le nullità assolute, che il giudice abbia o avrebbe dovuto rilevare d'ufficio, quanto quelle relative che siano state tempestivamente rilevate dalle parti, si trasformino di regola in semplici

---

(40) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 898.

(41) *Principii*, n. 117: questo concetto trovasi poi sviluppato in altri scritti del L., specialmente in *Azione esecutiva come azione revocatoria*, n. 7 e segg.

motivi di *annullabilità* della sentenza, che si sanano definitivamente col decorso del termine di impugnativa (42). Così il rapporto processuale come ogni atto del procedimento hanno dei proprî presupposti di esistenza e di validità, la mancanza dei quali può produrre la inesistenza o la nullità assoluta del *rapporto processuale* o del *singolo atto di procedura*: ma il giudicato ha presupposti di esistenza e di validità suoi proprî, che non si confondono con quelli; e la sola mancanza di questi può essere invocata come motivo, rilevabile senza limite di tempo, di inesistenza giuridica o di nullità assoluta *del giudicato*, se non si vuole svuotare d'ogni significato il sistema dei mezzi di impugnativa (43).

---

(42) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 898 e pag. 658, n. 1.

(43) Mi accosto, dunque, a proposito di questa opinione del LANZA, alla critica che ad essa muove il MATTEOTTI, *Nullità assolute*, cit., specialmente nei nn. 3-7 e n. 28. Dissento però dalle conclusioni generali alle quali il M. giunge nel suo studio: e credo che esse sarebbero state diverse se il M. avesse conosciuto e convenientemente utilizzato quel concetto di « nullità assoluta » del giudicato (da non confondersi colle nullità assolute del rapporto processuale o del procedimento!) che è merito del CHIOVENDA e del WACH aver distinto dal concetto di « inesistenza giuridica », rendendo possibile la soluzione di questioni che non potranno mai essere risolte finché si contrapporrà alla inesistenza giuridica la annullabilità della sentenza, senza accorgersi che esiste appunto, come terza ipotesi intermedia, la nullità assoluta.

CAPO QUARTO

ATTITUDINE DELLA CASSAZIONE QUALE È DISCIPLINATA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO A RAGGIUNGERE LO SCOPO PER CUI È STATA ISTITUITA

Capitolo XII

SE VI SIANO NELL'ORDINAMENTO POSITIVO DELLA CASSAZIONE ITALIANA DISPOSIZIONI INCONCILIABILI COL SUO SCOPO

Sommario: 116. Posizione del problema: attitudine dell'ordinamento pratico dato dal nostro diritto alla Cassazione, a raggiungere lo scopo che l'istituto si propone. — 117. *A) Unicità o pluralità delle Corti di cassazione*: come la pluralità delle Corti regionali impedisca il raggiungimento di questo scopo in ambedue i suoi aspetti. — 118. Originaria ragione giustificatrice del giudizio a Sezioni riunite, considerato come garanzia di imparzialità: questa ragione è venuta a cessare dopo la Legge 6 dic. 1888. — 119. Critica del sistema adottato da questa Legge: esso rappresenta una tendenza verso la unificazione, ma nella sua forma attuale è assolutamente inidoneo a mantenere l'uniformità della giurisprudenza. — 120. *B) La cosiddetta « giurisdizione di diritto » della Corte di cassazione.* Che cosa s'intende dire con questa espressione e in che senso si contrappone alla giurisdizione « di merito ». — 121. *a) Errores in iudicando*: La Corte di cassazione dovrebbe conoscerne soltanto in quanto fosse minacciata da essi la esatta interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo. Deviazioni introdotte dalla pratica a questo principio: α) Errore su fatto notorio; β) errore contro una massima di esperienza; γ) interpretazione dei negozî giuridici; δ) difetto di motivazione. — 122. Come esse rappresentino una vera e propria degenerazione dell'istituto verso un larvato ritorno alla Terza istanza. — 123. *b) Errores in procedendo*: La cognizione dei medesimi non è fatta nell'interesse della esatta interpretazione giurisprudenziale ed è quindi estranea allo scopo dell'istituto. — 124. *C) La cosiddetta « giurisdizione negativa »*. Diverso significato di questa espressione in relazione al rapporto processuale e al rapporto sostanziale. — 125. *a)* Originaria ragione politica di questo carattere negativo. — 126. *b)* Limiti di esso: α) sulla decisione della singola

controversia di merito; β) sulla decisione di casi analoghi nel futuro. — 127. Conclusione: enumerazione delle cause per le quali la Corte di cassazione qual'è disciplinata dal nostro ordinamento non dà garanzia di poter raggiungere in pratica lo scopo per cui è istituita.

116. — Nei primi capitoli di questo volume abbiamo delineato qual'è negli Stati moderni lo scopo fondamentale dell'istituto della Cassazione (capitoli I-IV); abbiamo in seguito fissato (capitoli VII-XI) i tratti più caratteristici dello strumento processuale che il nostro diritto positivo offre per il conseguimento di questo scopo: dobbiamo ora, per concludere questa Parte introduttiva, indagare se la Corte di cassazione, qual'è disciplinata dal nostro ordinamento giudiziario, abbia attitudine a raggiungere, mettendo in opera lo strumento processuale di cui già conosciamo la struttura, l'intento per il quale è stata istituita.

Se dovessimo intraprendere questa indagine senza aver prima conosciuto la conformazione processuale del mezzo di impugnativa che dà l'impulso alla funzione della Corte di cassazione, saremmo costretti a fermarci lungamente per descrivere in che ed in quali limiti la giurisdizione esercitata da quest'organo giudiziario si differenzia da quella esercitata dagli altri tribunali; ma la ricerca già compiuta nel campo del processo ci permette di abbreviare d'assai questa che ora abbiamo da compiere nel campo dell'ordinamento giudiziario.

Possiamo infatti ormai, senza cadere in una tautologia, definire la Corte di cassazione come l'organo giudiziario destinato a conoscere, ad esclusione di ogni altro, dei ricorsi per cassazione contro le sentenze passate in giudicato; e poiché la funzione della Corte di cassazione si esaurisce in questo ufficio (dato che non mi occupo, almeno per ora, delle altre funzioni, accessorie o sopravvenute, in essa cumulate), basta richiamare le considerazioni svolte sui motivi che dànno luogo a ricorso e sulla natura di azione di impugnativa che ad esso è propria, perché contemporaneamente resti stabilito quali saranno i limiti della cognizione di quest'organo giudiziario, e quale l'effetto delle sue decisioni.

Il problema che dobbiamo qui risolvere può dunque essere così formulato: l'organo giudiziario, che nel nostro ordinamento ha la esclusiva funzione di giudicare delle azioni di impugnativa di cui conosciamo la struttura processuale, possiede, nella limitata cognizione che appunto dalla struttura processuale di queste azioni gli viene attribuita, il mezzo pratico per mantenere l'esatta interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo? E viceversa: i limiti e le modalità del suo funzionamento, concorrono tutti

quanti al raggiungimento di questo scopo, o almeno, anche se non vi concorrono, non sono in contraddizione con esso? (1).

117. — *A) Unicità o pluralità delle Corti di cassazione.*

Chi, senza conoscere le vicende storiche attraverso le quali si è formato l'ordinamento giudiziario attualmente vigente in Italia (vol. I, nn. 267-269), ponesse mente soltanto ai motivi politici coi quali si è cercato in questo volume di giustificare la Cassazione, nonché alle considerazioni che abbiamo svolte sui caratteri processuali del ricorso per cassazione nel nostro diritto positivo, non riuscirebbe neanche lontanamente a supporre che fosse possibile nello stesso Stato la esistenza di più di una Corte di cassazione; anche non tenendo conto delle premesse teoriche relative allo scopo dell'istituto, alle quali si potrebbe far l'accusa di essere una costruzione aprioristica che ha valore soltanto in quanto l'ordinamento positivo non la smentisca, la stessa conformazione del ricorso per cassazione qual'è delineata nel nostro Codice processuale conduce logicamente all'unicità dell'organo giudiziario destinato a conoscere di questo rimedio: imperocché la limitazione della impugnativa alla sola *quaestio iuris* (art. 517, n. 3 CPC), che non può trovare nessuna ragion d'essere in considerazioni desunte dall'interesse privato dei litiganti (retro, n. 14), può essere giustificata solamente quando si tenga presente quell'interesse che lo Stato ha a disciplinare in modo uniforme la interpretazione giurisprudenziale dei punti giuridici controversi. Il ricorso per cassazione, in quanto sia motivato da un *error in iudicando* (sul ricorso motivato da un *error in procedendo*, oltre, n. 123), svela chiaramente nella sua struttura processuale che esso è stato costruito dal legislatore come uno strumento per *isolare* le questioni di diritto controverse che sorgano in occasione delle controversie giudiziarie, e per farle convergere alla cognizione di un solo giudice, che dal riesame di tutte le questioni giuridiche così raccolte sia messo in grado di soddisfare un interesse pubblico che il giudice di una sola questione non avrebbe possibilità di appagare. Il ricorso per cassazione, insomma, ha senso solamente in quanto si possa considerare come uno « strumento di segnalazione dei dubbî giuridici » a un'autorità centrale che sia capace di risolverli in modo uniforme: se l'unicità della Corte di cassazione non esiste nell'ordinamento giudiziario, anche le norme di diritto processuale che regolano il mezzo di impugnativa per-

(1) Cfr. le osservazioni di La Grasserie, *Cassation*, pag. 3.

dono ogni significato, e prestano agevolmente il fianco a quelle critiche di cui le hanno ripetutamente fatte segno gli oppositori del sistema della Cassazione.

La pluralità delle Corti di cassazione regionali, che esiste in Italia per le ragioni storiche che già conosciamo (vol. I, n. 269), non è dunque preordinata a meglio raggiungere lo scopo per il quale la Cassazione è istituita, ma è anzi un insuperabile ostacolo al raggiungimento del medesimo. La verità di questa affermazione non ha bisogno di essere dimostrata, quando si tenga conto dello scopo ormai prevalente dell'istituto, che è quello, come si sa (retro, capitolo III), di mantenere la unità nazionale del diritto attraverso la uniforme interpretazione giurisprudenziale: è evidente infatti che non si può unificare la giurisprudenza se non attraverso un organo unico, e che la pluralità degli organi è in questo caso una così straordinaria mostruosità giudiziaria, una così impressionante contraddizione in termini, che solo la lunga abitudine ci permette ormai di considerarla senza rinnovata meraviglia.

Ma anche se si ritenesse, come qualche fautore del sistema della Cassazione ha fatto (2), che l'unificazione della giurisprudenza possa essere bensì conseguenza, non mai scopo dell'istituto, è ugualmente certo che neppure l'intento originario della Cassazione, consistente, come si è visto, nella difesa della legge dagli attentati del giudice (retro, capitolo II), può essere raggiunto quando il criterio secondo il quale si decide se il giudice ha violato la legge non sia univoco, ossia (il che viene a dire lo stesso), quando non sia unico l'organo adibito alla funzione di nomofilachia. La volontà espressa in ogni norma giuridica non può essere che una: poiché non è possibile che di volta in volta, a verificare se questa volontà sia stata violata dal giudice, intervenga il controllo del legislatore che, teoricamente, è il solo depositario del significato vero della legge da lui emanata, bisogna almeno che l'organo incaricato in sua vece di controllare le eventualità di questa violazione sia unico come unico è il legislatore: se due o più fossero gli organi incaricati di « difendere la legge », potrebbe darsi che uno di essi ritenesse violata dal giudice la legge nello stesso caso in cui l'altro la ritenesse osservata; onde la pluralità degli organi di nomofilachia avrebbe come conseguenza un aggravamento degli inconvenienti che essi tendono ad evitare, poiché potrebbe portare a considerare ufficialmente come resa in

---

(2) PISANELLI, *Della Corte di Cassazione*, pag. 86 e segg.

contravvenzione alla legge un'attività esplicata dal giudice nei limiti della stretta legalità, o a considerare come resa in esecuzione della legge un'attività del giudice prettamente illegale.

La pluralità delle Corti di cassazione è, del resto, in così stridente antitesi col duplice scopo dell'istituto, che non solo essa viene ad annullare praticamente tutti i vantaggi che la Cassazione sarebbe destinata a conseguire, ma addirittura essa produce a scapito della esatta ed uniforme interpretazione del diritto obiettivo dei danni assai maggiori di quelli che deriverebbero dalla mancanza nell'ordinamento giudiziario di un organo destinato a « mantenere l'esatta osservanza della legge ». Negli ordinamenti pubblici anteriori alla Rivoluzione francese, nei quali, al culmine della gerarchia giudiziaria, non esisteva un organo con questo speciale ufficio, la disformità della interpretazione giurisprudenziale era un fenomeno esistente solo *di fatto,* ma ignorato *di diritto* dal legislatore: si sentivano anche allora — anzi allora più di ora, data l'incertezza del diritto obiettivo — gli inconvenienti della molteplicità e della variabilità delle *opiniones*; ma l'ordinamento giudiziario non dava peso ad essi, quasi fidando che la giurisprudenza avrebbe trovato in sé stessa, praticamente, le energie per risanare il suo male. Se l'ordinamento moderno, al contrario, ha sentito il bisogno di istituire la Cassazione per unificare la interpretazione forense, ciò significa che ha riconosciuto la grande importanza che la giurisprudenza ha per la retta intelligenza e per lo svolgimento del diritto obiettivo; che non ha voluto, cioè, di fronte alla interpretazione giurisprudenziale, serbare un contegno puramente passivo accettando il fenomeno com'esso si svolge spontaneo nella pratica, ma che ha inteso di sfruttarlo e di disciplinarlo facendolo servire ai fini stessi del legislatore. Orbene, nell'ordinamento giudiziario italiano, questo appunto accade: che, mentre la esistenza della Cassazione dimostra la preoccupazione nel legislatore di non lasciare senza disciplina quella grande fonte di progresso giuridico che è la giurisprudenza, la sopravvivenza di cinque Corti di cassazione viene a dare riconoscimento ufficiale alla coesistenza nello Stato di cinque diverse interpretazioni giurisprudenziali dell'unico diritto obiettivo. Gli ordinamenti che non conoscevano il sistema della Cassazione non adottavano nessuna misura destinata ad impedire che tante fossero le interpretazioni giurisprudenziali di una stessa norma quanti erano i tribunali: non ritenevano, infatti, necessario istituire un apposito organo unificatore della giurisprudenza, poiché forse prevedevano che l'interpretazione migliore avrebbe saputo affermarsi per la stessa sua forza logica, e prevalere senza alcuna costrizione attraverso il libero cozzo di in-

terpretazioni discordanti che si svolgeva nella pratica giudiziaria. Il nostro diritto, al contrario, riconosce la necessità di coordinare la giurisprudenza; ma, nell'opera di coordinamento, si ferma a mezza via, poiché non incanala il movimento giurisprudenziale di tutti i tribunali in una corrente unica che riassuma ed unifichi il pensiero giuridico della nazione, ma lo avvia in cinque correnti separate, ognuna delle quali può assumere corso e caratteri suoi proprî. Finché i tribunali ordinarî, nel decidere il merito delle controversie, seguono, risolvendo la *quaestio iuris*, ciascuno la propria opinione, il fenomeno può passare inavvertito e non lasciare traccia durevole nella coscienza dei consociati, poiché l'ufficio dei tribunali di merito non è quello di risolvere astratte questioni di diritto, ma quello di decidere in concreto le liti; ma quando il legislatore crea degli speciali organi che hanno il peculiare ufficio di regolare la giurisprudenza e, lasciando poi che essi la regolino in cinque modi diversi, attribuisce contemporaneamente a cinque interpretazioni quella autorità che sullo sviluppo del diritto hanno le decisioni di una Corte « regolatrice », sembra che esso voglia così elevare a sistema la disformità di giurisprudenza che gli antichi ordinamenti consideravano come un fenomeno irrilevante per il diritto, e mettere a disposizione della pratica giudiziaria cinque centri regionali in cui possano meglio rafforzarsi e perpetuarsi le tendenze giurisprudenziali proprie della regione: così il legislatore, di fronte alla legge nominalmente unica, pone cinque diverse interpretazioni giurisprudenziali, alle quali è riconosciuta, se non l'autorità legislativa di un precedente obbligatorio, una sensibilissima autorità di fatto nella rispettiva zona territoriale (3).

Vien fatto di domandare in quale altro modo avrebbe dovuto provvedere il nostro legislatore, qualora avesse voluto addirittura riconoscere esplicitamente nell'ordinamento giudiziario che ogni regione ha diritto di intendere a modo suo la legge nominalmente unica nello Stato. Organismi federali come la Germania e la Svizzera hanno sentito il bisogno di creare, al disopra dei singoli Stati federati, un unico istituto giudiziario accentratore, destinato a salvare il diritto nazionale dalle tendenze locali; il legislatore italiano sembra aver voluto fare l'inverso: quasi timoroso che in Italia, Stato unitario, il diritto obiettivo potesse essere interpretato in modo uniforme, ha voluto offrire alle tendenze regionali

---

(3) Cfr. quanto lucidamente già scriveva il Paoli, nel 1868-1869, analizzando *Le principali discordanze nella giurisprudenza delle quattro Corti di cassazione in materia civile*, alle quali dava luogo fin da allora il sistema della pluralità.

un mezzo adatto per affermarsi e per frazionare ufficialmente l'Italia in tante circoscrizioni giuridiche quante sono le Corti di cassazione!

118. — Il principio della « unicità » della Corte di cassazione, che nel nostro ordinamento giudiziario è, in pratica, nettamente respinto (4), si riaffaccia timidamente nell'istituto delle « Sezioni unite » (art. 547 CPC).

L'origine diretta di questo istituto è nel diritto francese. Già i Parlamenti, quando, in seguito ad una *proposition d'erreur*, dovevano per ordine del sovrano rivedere in *facto* una sentenza da essi inappellabilmente pronunciata, usavano riunirsi in seduta plenaria (*consultis classibus*) o almeno, — in seguito all'Ordinanza di Villers Cotterets — in un collegio più numeroso dell'ordinario composto dai giudici che avevano pronunciato la sentenza impugnata e da alcuni membri aggiunti nominati di solito dal re (vol. I, n. 104). Questa consuetudine degli antichi Parlamenti fu riesumata dalla legislatura rivoluzionaria nell'articolo 78 della L. 27 ventoso, anno VIII (vol. I, n. 186, 1) (5), poi parzialmente trasfuso nell'art. 1 della L. 1° aprile 1837 (vol. I, n. 188) (6), secondo il quale il *Tribunal de Cassation*, quando, dopo un primo annullamento, fosse investito di un secondo ricorso contro la sentenza emanata dal giudice di rinvio, doveva decidere non più in sezione semplice, ma in adunanza plenaria delle tre sezioni (sez. *des re-*

---

(4) Dico « in pratica », poiché teoricamente nella lettera delle nostre leggi la Cassazione è considerata sempre come un istituto unico nello Stato, e come un ripiego provvisorio la pluralità delle Corti: cfr. vol. I, n. 270, e il discorso del Senatore MIRABELLI al Senato, 8 maggio 1872 (pag. 16 dell'opuscolo pubblicato in Napoli, 1872). Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 416; D'ALESSIO, *Rapporti e conflitti*, n. 78. Cfr. anche la motivazione della sentenza Cass. Roma, 16 luglio 1917 in « Giur. it. », 1917, I, 939.

La tendenza a unificare la Cassazione mediante parziali ritocchi legislativi che diano sempre maggior preminenza alla Cassazione romana sulle Cassazioni regionali (cfr. vol. I, n. 268), trova una nuova manifestazione nel recentissimo R. D. 4 novembre 1919, n. 2039, il quale commette temporaneamente alla Cassazione di Roma le attribuzioni già spettanti alla Corte suprema di giustizia e cassazione di Vienna nei riguardi dei territorî occupati oltre l'antico confine (cfr. il mio scritto: *Problemi giudiziarî della Venezia tridentina* [in « R. d. co. », 1919, n. 1-2], n. 11). Il suddetto R. D. nei suoi art. 12 e 13 porta anche modificazioni all'art. 3 della Legge 13 dicembre 1875 (vol. I, n. 269 *q*) e all'art. 5 della Legge 31 marzo 1877 (vol. I, n. 269 *r*): cfr. critiche in « Mon. trib. » di Milano, 1919, pag. 736.

(5) Cfr. TARBÉ, *Lois*, n. 845; cfr. *ib.*, nn. 668, 727, 827.

(6) Cfr. TARBÉ, *Lois*, n. 1396.

quêtes, sez. civile e sez. penale). Lo scopo di questo articolo fu non solo quello di accrescere l'autorità logica della decisione aumentando il numero dei magistrati concorrenti alla sua formazione (7), ma soprattutto quello di evitare che gli stessi giudici, richiamati a decidere una questione sulla quale già avevano espresso il loro parere, fossero tratti per partito preso a riconfermare, senza un nuovo esame imparziale, la loro decisione precedente. L'istituto delle Sezioni unite appare dunque nell'ordinamento della Cassazione francese, come in quello dell'antica *proposition d'erreur,* quale una *garanzia di imparzialità* richiesta dalla rinnovazione dinanzi allo stesso giudice di una controversia già decisa da esso una prima volta: affinché il nuovo giudizio non porti a una ostinata riproduzione del primo giudicato, si aggiungono ai membri del collegio, che già ha conosciuto la causa, nuovi membri che, affrontando per la prima volta la questione, abbiano quella serenità che ai primi può mancare, e funzionino quindi, di fronte a quelli, da elemento moderatore; non diversamente nel diritto romano (8) al *Praefectus praetorio* dinanzi al quale, come effetto della *supplicatio,* si svolgeva la *retractatio* di una causa già da lui decisa una prima volta, si aggiungeva nel nuovo giudizio, come garanzia di imparzialità, il *Quaestor sacri palatii.*

Nel nostro diritto la « pronuncia a Sezioni riunite » prescritta dall'art. 547 CPC ebbe originariamente, come in qualcuno dei Codici degli Stati italiani anteriori alla unificazione (9), lo scopo sovraccennato di garanzia di imparzialità: finché, infatti, il secondo ricorso « per gli stessi motivi » venne portato dinanzi alla *stessa* Corte regionale che aveva cassato la prima volta, si presentò la opportunità di introdurre nel nuovo giudizio dei membri aggiunti, che servissero di eventuale correttivo all'avviso già manifestato nella precedente decisione dalla Sezione semplice: e la possibilità di un giudizio « a Sezioni riunite » dinanzi alla stessa Corte regionale fu assicurata dal fatto che prima del 1888 ogni Corte regionale era composta di due sezioni, una civile ed una penale (art. 125 LOG).

In seguito però alla legge 6 dicembre 1888 (vol. I, n. 268 *s*) che unificando la Cassazione in materia penale, abolì le sezioni penali delle Corti regionali, queste restarono composte ciascuna di una sola sezione, cioè della sezione civile: talché se, dopo un primo

---

(7) Cfr CHENON, *Cassation,* pag. 207.

(8) Vol. I, n. 37. Cfr. L. 35 *C. de app.,* VII, 62.

(9) Cfr. PISANELLI, *Comm.,* IV, n. MCCCXXVII.

annullamento, il nuovo ricorso per gli stessi motivi si fosse dovuto portare alla *stessa* Corte regionale, non ci sarebbe più stata d'ora innanzi la possibilità di riunire più di una sezione per il nuovo giudizio, secondo la prescrizione dell'art. 547 CPC. Si credé di rimediare a questo inconveniente in un modo apparentemente molto semplice; poiché, delle cinque Corti di cassazione esistenti in Italia, soltanto quella di Roma aveva ormai più di una sezione (cioè la sezione civile regionale e le due sezioni penali comuni a tutto il Regno), si stabilì che tutti i ricorsi, coi quali si impugnasse per gli stessi motivi una sentenza pronunciata dal giudice di rinvio dopo una prima cassazione, fossero portati alla Corte di cassazione di Roma, che doveva pronunciare in materia civile unendo la sezione civile alla seconda penale (L. 6 dic. 1888, art. 8).

La riforma, apparentemente sensata e naturale, veniva in realtà a travisare completamente il significato originario del giudizio a Sezioni unite: poiché, se questo istituto rappresentava, come si è detto, una necessaria garanzia di imparzialità quando la Corte alla quale si portava il nuovo ricorso per gli stessi motivi era *la stessa* che aveva già deciso sul ricorso antecedente, non v'era più bisogno di questa garanzia quando il secondo ricorso si portava dinanzi a un giudice diverso e quindi non sospettabile di preconcetta parzialità, quale era, di fronte alle altre quattro Corti regionali, la Corte di cassazione romana (10). Unico motivo per conservare anche dinanzi a una Corte diversa il giudizio a Sezioni unite poteva essere quello già sopra accennato, di attribuire a questa nuova decisione una maggiore autorità derivante dal maggior numero dei giudicanti e dalla conseguente maggior solennità della deliberazione; ma da chi conosce da vicino il funzionamento delle Sezioni unite (11), è stato autorevolmente osservato che « aggiungere... i magistrati della sezione penale a quelli della civile, per un esame così grave e delicato quale si richiede per decidere se abbia avuto torto la sezione civile nel giudicare la prima volta, non offre vera guarentigia di serietà e di autorità » (12). Questa osservazione si adatta specialmente ai sistemi seguìti per la formazione delle Sezioni unite dalla LOG del 1865 (art. 127) e dalla Legge 6 dicembre 1888 (art. 8), secondo i quali nelle Sezioni unite i consiglieri provenienti dalla sezione civile entravano in numero pari

(10) Cfr. MORTARA, *Comm.*, IV, n. 402, pag, 635.

(11) Cfr. la efficacissima critica del MORTARA, *ibid.*, nn. 396-397.

(12) MORTARA, *Comm.*, IV, pag. 627.

a quelli provenienti dalla sezione penale; ma non è fuor di luogo neanche dopo la Legge 2 luglio 1905 (vol. I, n. 271 *s*), la quale, se pure ha attenuato l'inconveniente, non ha potuto dalle radici distruggerlo, poiché non ha escluso che il numero dei consiglieri penali, che si aggiungono alla sezione civile per la decisione a Sezioni unite, sia uguale a quello dei consiglieri civili, o, per lo meno, di poco ad esso inferiore.

119. — La riforma portata dalla Legge 6 dicembre 1888, la quale, per ciò che riguarda le modificazioni introdotte nel giudizio a Sezioni unite in materia civile, sembra contraddire a tutte le ragioni che hanno fatto adottare l'istituto delle Sezioni unite nel diritto francese, può per tutt'altri motivi giustificarsi quando si consideri che il nostro legislatore si è servito di questo istituto per uno scopo ben diverso da quello originario, cioè per introdurre nel nostro ordinamento un germe di unificazione della Cassazione civile: si deve anzi riconoscere che il Ministro proponente seppe abilmente superare la sistematica ostilità del Parlamento contro ogni riforma dell'ordinamento giudiziario in favore della Cassazione unica civile, presentando l'accentramento a Roma di tutti i giudizî di cassazione a Sezioni riunite non come un primo passo verso la unificazione, ma come un ripiego pratico indispensabile per non togliere ogni contenuto alla disposizione dell'art. 547 CPC. Si partì, dunque, come premessa dalla necessità di mantenere, per il caso di secondo ricorso fondato sugli stessi motivi, l'istituto delle Sezioni unite; e si dedusse da questa premessa la necessità di concentrare tutti i ricorsi di questo genere nell'unica Corte di cassazione in cui un giudizio a Sezioni unite era possibile (13). Ma in realtà l'intenzione del legislatore fu ben altra da quella confessata, e inverso fu il ragionamento che giustificò la riforma: poiché si partì come premessa dalla necessità di fare un primo passo verso la Cassazione unica anche in materia civile, e si dedusse da questa premessa la opportunità di mantenere in vita l'istituto delle Sezioni unite che, quantunque non si basasse più, dopo la riforma, su quelle ragioni che lo giustificavano in origine,

---

(13) *Relazione* ZANARDELLI alla Camera dei Deputati, 13 aprile 1888 (Atti Legislatura XVI, Sess. 2ª, n. 147), pag. 4: « Ridotte poi le varie Corti regionali ad unica sezione per le sole materie civili, è chiaro che nei casi in cui i giudici di rinvio dissentissero da essa nella definizione delle questioni di diritto, non sarebbe possibile il tenere presso le Corti stesse i giudizî a Sezioni unite, mancando un'altra sezione da aggiungersi a quella che già pronunciò la sentenza di censura, ecc. ».

era però uno strumento adattatissimo per aprire nelle circoscrizioni territoriali delle Corti regionali un varco verso un organo giudiziario unico per tutto lo Stato (14).

Il concentramento presso la Corte di Roma dei giudizî a Sezioni riunite anche in materia civile rappresentò dunque una specie di, sia pure inconsapevole, transazione tra i fautori della Cassazione unica e i difensori delle Corti regionali; poiché il perpetuarsi della pluralità delle Corti costituiva un'intollerabile offesa ai canoni più elementari su cui si basa l'istituto della Cassazione (retro, n. 117), né d'altra parte era possibile far trionfare d'un colpo solo il principio della unità contro i tenacissimi interessi professionali attaccati a ciascuna delle Corti regionali, così la legge 6 dicembre 1888 accolse, come ripiego transitorio, un sistema originale che potrebbe dirsi del « doppio grado di cassazione », nel quale si tentò di conciliare la pluralità delle Corti regionali, incaricate di conoscere dei ricorsi che devono esser giudicati a Sezione semplice, colla unicità della Corte nazionale, incaricata di conoscere dei ricorsi a Sezioni riunite. Le Corti regionali furono, così, il primo grado di cassazione, conservato per contentare gli interessi locali; la Corte di Roma fu il secondo grado, istituito per affermare la unità del diritto nazionale.

La illogicità, spinta fino all'assurdo, di questa coesistenza di più « *organi minori di giurisdizione suprema,* soggetti alla giurisdizione *più suprema* della Corte di cassazione di Roma » (15) è così evidente, che non ha bisogno di essere ulteriormente criticata: eppure io ritengo che il sistema adottato dalla L. 6 dic. 1888 segni, come indice di una tendenza, un progresso di fronte a quello delle Corti regionali assolutamente indipendenti, che vigeva prima di questa riforma e che il Progetto Orlando del 1908 voleva ristabilire, abolendo la possibilità di un secondo ricorso per gli stessi motivi e quindi la pratica utilità di un giudizio a Sezioni unite. Il sistema inaugurato dalla Legge 1888, nel quale in ogni causa civile esiste la possibilità, sia pure condizionata a una lunga serie di vicende giudiziarie, di un ricorso a un organo giudiziario comune per tutto lo Stato, e quindi l'adito a un centro di elaborazione unitaria della giurisprudenza, è meno lontano dalla Cassazione unica di quanto non sia il sistema delle Corti regionali assolutamente autonome nel loro territorio, che dividono la giuri-

(14) Questa importanza sostanziale dell'art 8 della Legge 6 dicembre 1888 fu appena accennata nella *Relazione* Zanardelli; nella *Relazione* Righi (*ibidem*, n. 147 *A*), pag. 10, è accennato che l'art. 8 potrebbe servire di transizione a una generale riforma anche della Cassazione civile.

(15) Cfr. Mortara, *Comm.*, IV, pag. 635.

sprudenza nazionale in tanti compartimenti stagni, tra i quali non esiste alcuna via di comunicazione.

Il sistema del secondo ricorso a Sezioni unite presso la Corte di cassazione di Roma ha, pertanto, il valore di una teorica affermazione di principio che attende un ulteriore sviluppo pratico; poiché in pratica non credo che questo sistema, com'è attualmente congegnato, sia capace di produrre in favore della uniformità della interpretazione giurisprudenziale effetti molto notevoli. Questa scarsa efficacia pratica deriva non tanto dalla esiguità della percentuale di ricorsi decisi a Sezioni unite dalla Corte di Roma, in confronto a quelli decisi a Sezione semplice dalle Corti regionali (16); quanto dal modo assolutamente empirico con cui sono determinati i casi in cui può aver luogo il giudizio a Sezioni unite. Se l'istituto delle Sezioni unite fosse stato logicamente disciplinato per servire al mantenimento della uniformità della giurisprudenza, il giudizio dinanzi alla Corte di cassazione comune a tutto lo Stato avrebbe dovuto essere riservato per quelle sole questioni di diritto sulle quali già si fosse manifestata fra le Corti di cassazione regionali una decisa disformità di indirizzo giurisprudenziale: in tal modo, anche se le questioni decise dalle Sezioni unite fossero state in numero molto esiguo di fronte a quello complessivo dei ricorsi presentati alle Corti regionali, esse sarebbero state proprio quelle poche questioni controverse nelle quali è utile che si faccia sentire l'influsso regolatore di un organo unico nello Stato. Invece nel sistema attuale, in cui il ricorso alle Sezioni unite è ammesso solamente quando, essendo stato accolto il primo ricorso dalla Corte regionale, il giudice di rinvio non si uniformi all'opinione giuridica manifestata da questa, può accadere che non siano mai portate al giudizio delle Sezioni unite delle questioni in cui ciascuna Corte regionale segue una sua giurisprudenza, o, viceversa che vi siano portate questioni sulla cui risoluzione tutte le Corti regionali siano concordi. Facciamo, infatti, l'ipotesi che due diverse Corti regionali respingano contemporaneamente due ricorsi ex art. 517, n. 3, accogliendo di una stessa norma giuridica, sulla cui violazione si basano le due impugnative, due interpretazioni

---

(16) Ad esempio dalla *Statistica giudiziaria civile e commerciale* del 1912 risulta che in quell'anno, di fronte a 6007 ricorsi a carico complessivo di tutte le Corti regionali (di cui 3164 arretrati dell'anno precedente, e 2843 nuovi) furono a carico delle Sezioni unite 89 ricorsi (di cui 9 arretrati dell'anno precedente e 80 nuovi) che ne decisero 75 (1 dichiarato inammissibile; 46 rigettati; 28 accolti), lasciandone 14 pendenti. Cfr. il commento a queste ultime cifre a pag. LXVV dell'Introduzione alla suddetta Statistica.

assolutamente opposte: in questo caso avremo la contemporanea esistenza di due decisioni di Cassazione che si contraddicono sul punto del diritto deciso, e tuttavia il rigetto dei due ricorsi avrà chiuso irrimediabilmente l'adito al giudizio unificatore della Corte di Roma a Sezioni unite; oppure potrà darsi che due Corti regionali, partendo da interpretazioni assolutamente diverse di una stessa norma giuridica, abbiano cassato contemporaneamente due sentenze che risolvevano in modo opposto la stessa questione di diritto, e che alla opinione da ciascuna di esse espressa si siano spontaneamente uniformati i rispettivi giudici di rinvio: ed anche in questo caso il ricorso alle Sezioni unite sarà precluso, quantunque si sia verificata tra due Corti regionali una tipica divergenza di interpretazione. Al contrario, se una Corte regionale, seguendo una interpretazione concordemente adottata da tutte le Corti, avrà accolto il ricorso, ma il giudice di rinvio si sarà ribellato alla opinione giuridica, su cui si è basata la Cassazione, sarà aperto il ricorso alle Sezioni unite quantunque nessuna divergenza di interpretazione si sia manifestata nella giurisprudenza delle diverse Corti regionali (17).

Il sistema delle Sezioni unite che vige nel nostro ordinamento non è dunque ormai più giustificabile come garanzia di imparzialità (retro, n. 118), e non è neppure praticamente idoneo ad assicurare l'uniformità della giurisprudenza, in favor della quale rappresenta soltanto, come si è detto, una teorica affermazione di principio, che ha valore soltanto in quanto costituisce una promessa. Assai più idoneo al mantenimento della uniformità della giurisprudenza amministrativa è l'istituto dell'« adunanza plenaria » delle due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, la quale può essere convocata su richiesta delle parti o d'ufficio qualora la sezione investita del ricorso riconosca che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo a precedenti decisioni in sede giurisdizionale tra loro difformi (18); e, sopra tutto, sono meglio congegnati e da tener presenti per una eventuale riforma di questa materia, i sistemi adottati dall'ordinamento giudiziario germanico

---

(17) Cfr. le osservazioni di SPERA, *Della suprema magistratura in materia civile*, pag. 140.

(18) Art. 37 T. U. 17 agosto 1907: « Se l'una o l'altra sezione riconosce che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo a precedenti decisioni in sede giurisdizionale tra loro difformi, potrà, su richiesta delle parti o di ufficio, rinviare con ordinanza la discussione delle controversie all'adunanza plenaria col concorso di nove votanti ». Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 355; D'ALESSIO, *Sezioni giurisdizionali*, nn. 27, 198, 199.

per le decisioni plenarie del Tribunale dell'Impero e dall'ordinamento giudiziario austriaco per quelle della Corte Suprema di Giustizia (19). Avremo del resto occasione di vedere che, dei Progetti di riforma parlamentari ed extraparlamentari che un cinquantennio di vita nazionale ha prodotti intorno all'istituto della Cassazione, più d'uno ha tentato di meglio coordinare il ricorso alle Sezioni unite allo scopo di unificare la giurisprudenza, stabilendo, sulla traccia delle legislazioni a tipo tedesco, che esso possa essere esperimentabile soltanto per quelle questioni di diritto nelle quali già vi sia manifestata una divergenza di interpretazione tra le Corti regionali (oltre, n. 130 *b*).

120. B) *Giurisdizione di diritto.*

Si usa definire la giurisdizione della Corte di cassazione come giurisdizione « di diritto », per contrapporla alla giurisdizione « di merito » dei tribunali di primo e di secondo grado: e con tale denominazione si vuole di solito esprimere che la cognizione del-

(19) Per il § 137 della *GVG* germanica su una questione di diritto portata dinanzi al Tribunale dell'Impero può essere necessaria la decisione delle sezioni civili riunite (« *der vereinigten Zivilsenate* »), delle sezioni penali riunite (« *der vereinigten Strafsenate* ») o dell'adunanza plenaria di tutte le sezioni civili e penali (« *Plenum* »), secondoché la divergenza di opinione giuridica si manifesti tra sezioni civili o tra una sezione civile e una precedente decisione delle sezioni civili unite; oppure tra sezioni penali o tra una sezione penale e una precedente decisione delle sezioni penali unite; ovvero tra una sezione civile e una sezione penale, tra una sezione civile e una precedente decisione delle sezioni penali unite o viceversa, tra una sezione civile o penale e una precedente decisione dell'adunanza plenaria. Per il Decreto 7 agosto 1872, quando tra le sezioni della Suprema Corte austriaca si manifesti diversità di opinione su una questione di diritto controverso, che sia già stata oggetto di una decisione inserita nello *Spruchrepertorium*, la questione è portata alla decisione di una sezione rinforzata di 15 membri (*verstärkte Senat*), la cui risoluzione si chiama *Judikat* ed è registrata in uno speciale *Judikatenbuch*: per variare la giurisprudenza di un *Judikat* occorre una decisione plenaria presa da un Senato di 21 membri. Cfr. vol. I, n. 215 e n. 237; e SCHULTZENSTEIN, in « Z. », XVIII, 88. In questo modo, così in Germania come in Austria, le decisioni prese a Sezioni unite o rinforzate, o quelle in adunanza plenaria, pur non avendo forza di legge perché possono sempre esser cambiate collo speciale procedimento sopra accennato, hanno però l'effetto di fissare la giurisprudenza, poiché i singoli Senati nelle loro decisioni sono obbligati a seguirle, finché non vogliano provocare una nuova deliberazione a Sezioni riunite o in adunanza plenaria sulla opportunità di variare la giurisprudenza su quel punto. Sull'autorità di queste decisioni, cfr. FULD, *Das deutsche Reichsgericht*, pag. 115-116; CROME, *Parte generale del diritto privato francese* (trad. ASCOLI-CAMMEO), § 7, pag. 41; e SEMERARO, *Il processo civile austriaco e il suo funzionamento*, Parte V, n. 7, pag. 574, nota 1.

l'organo giudiziario supremo non si estende a rivedere le questioni di fatto, l'esame delle quali è invece riservato incensurabilmente (*souverainement,* dicono i Francesi) ai giudici di merito. Bisogna però guardarsi dal credere, come questa contrapposizione potrebbe suggerire, che anche la giurisdizione della Corte di cassazione si eserciti direttamente, come quella dei giudici di merito, sul rapporto sostanziale controverso, e che l'unica differenza tra la funzione da essa esercitata e quella che esercitano i giudici di primo e di secondo grado consista nella diversa estensione dei poteri di cognizione: in realtà la giurisdizione della Corte di cassazione è diversa da quella dei giudici di merito, in quanto l'oggetto del suo accertamento è una volontà concreta di legge processuale (diritto di impugnativa) assolutamente distinta da quella concreta volontà di legge sostanziale che è oggetto del giudizio di merito; per decidere se esista la concreta volontà di legge processuale che vien fatta valere per mezzo del ricorso la Corte di cassazione ha cognizione piena, in fatto e in diritto (retro, n. 102 *a,* β e n. 108 *a,* β), come i giudici di primo e secondo grado hanno cognizione piena sul rapporto sostanziale; ma siccome, quando il ricorso è basato sull'art. 517, n. 3, la Corte di cassazione, per decidere se esista il diritto di impugnativa, deve accertare che esista la sua *causa petendi,* cioè un errore di diritto nella risoluzione della controversia di merito, così quando si dice che la Corte di cassazione ha giurisdizione « di diritto » si deve più esattamente intendere che essa può riesaminare la decisione di merito solamente in quei limiti in cui questo riesame le possa servire ad accertare la fondatezza dell'azione di impugnativa. Se la funzione della Corte di cassazione si esaurisce tutta nel risolvere delle pure questioni di diritto, essa non potrebbe dirsi vera funzione giurisdizionale, poiché la giurisdizione consiste nell'accertare volontà di legge singole e concrete, nel trarre cioè delle conclusioni pratiche, di cui la risoluzione della pura questione di diritto non è che una premessa (retro, n. 61): invece, da quanto si è detto, risulta chiaramente che la giurisdizione della Corte di cassazione, quantunque limitata nei poteri di cognizione sulla controversia di merito, non è funzionalmente diversa da quella degli altri organi giurisdizionali, poiché dalla risoluzione di questioni di diritto astratte essa deduce la esistenza in concreto di un vizio del giudicato (« violazione o falsa applicazione di legge ») e da questo la esistenza di una singola volontà di legge processuale che essa accerta ed attua conclusivamente nella sua decisione.

La cosidetta « giurisdizione di diritto » della Corte di cassazione non ha dunque nulla di comune colle giurisdizioni « di mero diritto

obiettivo » di cui altra volta si è parlato (retro, n. 71 *b*). Né, d'altra parte, la contrapposizione tra giurisdizione di cassazione e giurisdizione di merito in materia civile ha lo stesso significato che, in materia amministrativa, ha la contrapposizione tra giurisdizione « di merito » e giurisdizione « di legittimità »: mentre la Corte di cassazione, infatti, per accertare se esiste l'*error in iudicando* su cui il ricorso si basa, deve riesaminare come il giudice di merito ha *giudicato*, gli organi della giustizia amministrativa devono riesaminare come gli organi esecutivi hanno *agito;* onde se per la Corte di cassazione « violazione di legge » ex art. 517, n. 3 significa errore del giudice di merito nell'interpretare il significato di una norma giuridica, per la IV Sezione del Consiglio di Stato « violazione di legge » (art. 22 T. U. 17 agosto 1907) significa attività esecutiva contraria alla legge, ossia inesecuzione di una concreta volontà nascente da una norma giuridica. Per questo, mentre la Corte di cassazione, per verificare se è stata commessa una « violazione di legge » nel senso dell'art. 517, n. 3, si limita a riesaminare la risoluzione data dal giudice di merito alle questioni di diritto, la IV Sezione del Consiglio di Stato, per verificare se è stata commessa una « violazione di legge » nel senso dell'art. 22 T. U. 17 agosto 1907, deve accertare se l'atto dell'autorità amministrativa sia contrario a qualche concreto precetto di legge e se nel compierlo siano state osservate le modalità legali: deve, insomma, compiere una serie di vere e proprie indagini *di fatto* (20).

I poteri di cognizione del Consiglio di Stato giudice « di legittimità » sono dunque molto più estesi di quelli della Corte di cassazione giudice « di diritto »; e diverso è anche, di conseguenza, il significato della espressione « giurisdizione di merito », secondoché essa si contrapponga al giudizio della Corte di cassazione o a quello della IV Sezione del Consiglio di Stato: mentre nel primo caso giudice di merito è quello che conosce anche del fatto, nel secondo caso giudice di merito è quello che, di fronte all'atto compiuto dall'autorità amministrativa nell'esercizio di un potere discrezionale, può sindacare non solo la legittimità ma anche la *opportunità* dell'atto stesso; il concetto di « giurisdizione di merito »

---

(20) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 356 e 1024; CAMMEO, *Comm.*, I, n. 166, specialmente pag. 342; e, per ultimo, ampiamente, DALLARI, *Il sistema delle prove nel giudizio amministrativo* (in « Studi senesi », XXXV [1919], fascic. 1-2, pag. 59), n. 7.

in questo secondo significato è dunque tutto proprio della giustizia amministrativa (21).

Dopo avere così accennato in generale che cosa si intende significare quando si dice che la Corte di cassazione esercita una giurisdizione « di diritto », è opportuno, per meglio conoscere entro quali limiti si svolge praticamente questa giurisdizione, distinguere il giudizio di cassazione secondoché il ricorso che lo provoca sia basato su un *error in iudicando* o su un *error in procedendo.*

121. — *a*) Per comprendere per qual ragione i poteri di cognizione della Corte di cassazione son limitati, quando il ricorso si basi su un *error in iudicando,* al riesame della sola questione di diritto, basta richiamare le considerazioni esposte quando si è dimostrato che lo scopo dell'istituto è il mantenimento dell'esatta interpretazione giurisprudenziale della legge e che il ricorso ex art. 517, n. 3 non può esser fondato che su un errore « di diritto » (retro, n. 103); traendo le conseguenze di quelle premesse, possiamo qui affermare un principio che ci permetterà, nella Parte speciale, di risolvere in modo coerente alle finalità dell'istituto, molte questioni lungamente dibattute dalla pratica forense: il principio, cioè, che quando il ricorso si fonda sul motivo di « violazione o falsa applicazione di legge » ex art. 517, n. 3, *la cognizione della Corte di cassazione deve limitarsi a quelle sole questioni, dalla cui corretta risoluzione possa derivare, anche fuori della concreta controversia in occasione della quale sono sorte, un influsso regolatore sulla futura interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo.*

Questo principio (che è, in sostanza, una più estesa formulazione della regola secondo la quale la Corte di cassazione può riesaminare tutte e soltanto le questioni di diritto, astratte o concrete; poiché si è visto che anche dalla risoluzione delle questioni di diritto concrete ricevono nuova luce le definizioni contenute nelle norme giuridiche: retro, n. 39), il quale mira a mantenere in continuo contatto il funzionamento pratico della Cassazione collo scopo per cui essa è stata istituita, può essere utilmente invocato come criterio di distinzione tutte le volte in cui si tratti di decidere se la norma giuridica di cui il ricorrente afferma la violazione, sia una « legge » nel lato senso in cui questa parola è usata dall'articolo 122 LOG e dall'art. 517, n. 3 CPC; e tutte le volte, altresì, in cui

---

(21) Cfr. CAMMEO, *Comm.*, I, n. 165; ORLANDO, *Giust. amm.*, nn. 158 e seguenti; MORTARA, *Comm.*, I, 347; FORTI, *Controlli*, n. 8. Cfr. però CAMMEO, *Comm.*, I, n. 6; e il mio scritto *Limiti tra giurisd. e amm.*, specialmente n. 10.

si discuta se il riesame di una questione relativa al rapporto sostanziale controverso deciso dai giudici di merito rientri nei poteri di cognizione della Corte di cassazione.

La trattazione approfondita di questi punti rientra, naturalmente, nella Parte speciale; ma, come nella Parte storica ho creduto opportuno far cenno di una tendenza ad allontanarsi praticamente dallo scopo originario, di cui si scorgono i segni tanto nella Cassazione francese (vol. I, n. 197) quanto nella Revisione germanica (vol. I, n. 219), così reputo utile qui, per completare nelle sue linee generali il profilo dogmatico dell'istituto quale vive nel nostro diritto, far cenno delle manifestazioni più caratteristiche di una tendenza analoga, che si fa sentire potentemente anche nella pratica giudiziaria italiana.

α) L'errore di fatto in cui il giudice di merito sia incorso nel decidere il rapporto controverso non può mai essere invocato come motivo di cassazione, tolto il caso ch'esso sia conseguenza della violazione di qualche norma di diritto probatorio (retro, n. 107); ciò non soltanto perché, da un punto di vista strettamente esegetico, l'errore di fatto non può mai rientrare in quel concetto di « violazione o falsa applicazione di legge » che è accolto dall'articolo 517, n. 3, CPC, ma anche perché l'errore di fatto, che è sempre limitato al caso singolo e che non può quindi essere tratto ad esempio dai giudici delle controversie future, non è capace di introdurre nella giurisprudenza quella tendenza all'imitazione di una interpretazione aberrante, che può essere invece conseguenza di un errore di diritto *in iudicando*. Queste osservazioni conservano tutto il loro valore qualunque sia la fonte di prova da cui il giudice di merito è stato indotto a risolvere erroneamente la questione di fatto; e lo conservano altresì anche se l'errore commesso dal giudice urta contro un fatto *notorio*, di cui questi avrebbe potuto tener conto anche senza bisogno di prova (22). Ciò premesso, quando leggo l'autorevole parola del CHIOVENDA insegnare (23) che « è pure un giudizio di fatto ma censurabile [in sede di cassazione] ogni giudizio contrario *al notorio* », son tratto a domandarmi quale pericolo possa costituire per la retta interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo un errore contro il notorio in cui il giudice di merito sia incorso nell'accertamento del fatto. Anche gli studiosi della Revisione germanica considerano l'errore contro il no-

(22) Sul fatto notorio: LESSONA, *Prove*, I, nn. 169 e segg.; CHIOVENDA, *Principii*, § 47, IV.

(23) *Principii*, pag. 1028.

torio come estraneo al riesame del *Reichsgericht*: e ciò non solo perché il § 561 *CPO* stabilisce che i fatti *accertati* nella sentenza impugnata fanno stato di fronte al giudice di revisione (retro, n. 119) (24), ma anche perché, qualora si ritenga che i fatti notorî, che non hanno bisogno di accertamento, non possono andar confusi coi fatti *accertati* di cui parla il predetto § 561, l'errore contro il notorio non può rientrare nel concetto di violazione di legge qual'è fissato dai §§ 549-550 *CPO* (25); a maggior ragione ritengo che per la nostra Cassazione, la quale ha regole meno elastiche e più formalistiche di quelle del corrispondente rimedio germanico, debba valere analoga esclusione, se non si vuol perdere di vista lo scopo caratteristico del nostro istituto e resuscitare nel ricorso per cassazione quella *querela nullitatis* per *notoria iniustitia* che, non dovendo servire al mantenimento della esatta interpretazione giurisprudenziale, poteva nel diritto comune dare adito anche all'annullamento delle sentenze basate su un errore contro il notorio (vol. I, n. 63).

β) Come ritengo indice di una deviazione dal significato originario della Cassazione l'ammettere che il ricorso possa esser basato su un errore di fatto contro il notorio, così son d'avviso che la Cassazione, se vuol restare fedele al suo scopo, non possa mai riesaminare in qual modo il giudice di merito abbia applicato nella risoluzione delle questioni di fatto le massime di esperienza: le ragioni di questo mio pensiero furono già esposte ampiamente (retro, n. 105), e si riassumono nel considerare che lo Stato non ha, parallelo all'interesse alla esatta interpretazione delle norme giuridiche, un interesse alla esatta e uniforme interpretazione delle massime di esperienza.

γ) La tendenza ad allontanare la Cassazione dalle sue finalità istituzionali, si rivela tipicamente nel dibattito, che si riaccende nella pratica e nella dottrina tutte le volte in cui si tenta di determinare con precisione quali sono i poteri di critica del giudice di cassazione sulla interpretazione dei negozî giuridici compiuta dal giudice di merito. Il problema, che è stato scientificamente discusso in Germania in tutti i suoi molteplici aspetti (26), è stato

---

(24) STEIN, *Private Wissen*, pag. 172.

(25) WACH, *Vorträge*, pag. 289-290.

(26) Cfr. vol. I, n. 219 per il diritto germanico; n. 239 per il diritto federale svizzero; n. 237 per il diritto austriaco, e POLLAK, *System*, II, § 107, pag. 532 ed ivi bibliografia. Per il modo con cui viene impostato il problema dagli scrittori tedeschi: MESSINA, *L'interpretazione dei contratti* (Macerata, 1906); e la mia *Genesi logica*, § 6, nonché la polemica MESSINA-FERRARA, in « R. d. co. »,

dibattuto in Italia specialmente in relazione al cosiddetto « travisamento », con che si suole ormai per tradizione significare, sulla traccia della Corte di cassazione di Torino, l'erronea interpretazione di un negozio giuridico, compiuta dal giudice di merito coll'attribuire a una dichiarazione di volontà un significato palesemente contrario a quello resultante dalle parole di cui la dichiarazione stessa è composta (27). Dai principii più elementari della Cassazione, risulta che, se questa erronea interpretazione non riveste gli estremi per l'esperimento della revocazione ex art. 494, n. 4, essa non può essere impugnata per mezzo del ricorso in cassazione se non quando contenga in sé gli elementi di un errore di diritto; il che può avvenire in due casi: 1° quando il giudice nel determinare il significato della dichiarazione di volontà abbia violato una regola legale di interpretazione (art. 1131-1139 CC) (28); 2° quando il giudice abbia dato al negozio giuridico correttamente accertato una qualifica giuridica erronea (29). In altre parole, l'operazione mentale

---

1908, I, 610 e 1909, I, 107, nella quale, all'infuori degli argomenti *ad hominem*, sono interessanti accenni dogmatici alla posizione rispettiva della Cassazione e della Revisione in tema di interpretazione dei contratti.

(27) La letteratura sul travisamento è ricchissima, e ne farò una completa rassegna analitica nella Parte speciale. Cfr. intanto MATTIROLO, *Trattato*, IV, nn. 1041-1054: MORTARA, *Comm.*, IV, n. 357; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1028. Per la dottrina e la pratica francese sullo stesso argomento, cfr. vol. I, n. 197.

(28) Vi è una notevole tendenza a considerare le regole legali di interpretazione come criterî meramente facoltativi per il giudice, la violazione dei quali non può essere denunciata in cassazione (così da noi MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1043; e in Germania, ROCHOLL in « Z. », X, pag. 312; STAHL, in « C. A », LXVII, pag. 147); seguo la tendenza opposta (cfr. MORTARA, *Comm.*, IV, pag. 558; DANZ, *Auslegung*, pag. 107; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 798; WACH, *Vorträge*, pag. 291; HELLWIG, *System*, I, pag. 854), poiché anche le regole legali di interpretazione sono leggi nel senso dell'art. 517, n. 3 e come tali obbligatorie. Bisogna peraltro riconoscere che le regole legali di interpretazione, di cui è destinatario il giudice, non sono fatte per essere *applicate* nel sillogismo nello stesso modo con cui sono applicate le regole di diritto sostanziale di cui sono destinatarî i privati; qui si ha, piuttosto, delle norme che disciplinano l'attività del giudicante, talché la loro violazione è anzitutto una *inesecuzione* di un concreto precetto, dal quale deriva un *error in iudicando*. Queste regole, insomma, si comportano in modo analogo alle norme sulle prove legali: retro, n. 107. Cfr. però DANZ, *Auslegung der Rechtsgeschäfte*, § 4, sulle differenze tra prova e interpretazione.

(29) Cfr. MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1045; VENZI, *Cassazione*, pag. 779; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 199; WEISMANN, *Lehrbuch*, pag. 442; STEIN, *Private Wissen*, pag. 128; WACH, *Vorträge*, pag. 270, nota. Si ha errore di qualifica giuridica anche quando il giudice erra nell'applicare una massima di esperienza, che serve ad integrare una norma di diritto sotto la quale il negozio giuridico è fatto rientrare (per esempio, se il giudice erra nell'applicare il concetto di contratto contrario al « buon costume », presupposto dall'art. 1122 CC: cfr. CHIOVENDA,

che deve compiere il giudice per giungere alla sentenza quando la fattispecie controversa è costituita da una dichiarazione di volontà, non è diversa da quella che egli deve compiere quando la fattispecie controversa abbia altra natura: anche qui c'è da risolvere una questione di fatto, per stabilire qual'è la dichiarazione di volontà rilasciata dalle parti e qual'è il suo significato, e una questione di diritto, per stabilire quali sono le sue conseguenze giuridiche; e solo l'errore intervenuto in questa seconda fase del ragionamento è, come in qualunque altra controversia, denunciabile in Cassazione (30).

Di fronte a questa teoria, che anche in tema di interpretazione dei negozî giuridici, mantiene il riesame della Cassazione nei limiti imposti dallo scopo dell'istituto, è stata ripetutamente affermata una teoria opposta, secondo la quale il cosiddetto « travisamento » sarebbe sempre, di per sé stesso, un motivo di cassazione, e la ragione con cui si è creduto di giustificare questa affermazione è stata trovata in ciò: che l'erronea interpretazione della volontà dei contraenti dovrebbe considerarsi equivalente alla erronea interpretazione di una legge, poiché, per l'art. 1123 CC « i contratti legalmente formati *hanno forza di legge* per coloro che li hanno fatti ». Il meschino artificio di questo ragionamento è così palese, che non mette conto neppure di ripetere gli argomenti con cui è stato confutato (31): anche qui basta osservare che questa pretesa equiparazione in sede di cassazione del negozio giuridico al diritto obiettivo sarebbe giustificata solamente quando si ammettesse che lo Stato, come ha interesse alla uniforme interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo, cioè di quelle norme astratte, che, per la loro natura generica ed ipotetica, sono estensibili a una serie indefinita di casi futuri, così avesse interesse alla uniforme interpretazione giurisprudenziale dei negozi giuridici, cioè di quelle dichiarazioni di volontà concrete e individuali, che non hanno efficacia se non di fronte alla singola fattispecie per la quale sono state emanate! (32).

δ) Abbiamo visto che costituisce fondamento alla cassazione

Principii, pag. 1028); il che non significa però, a mio avviso, che possa esser censurato in cassazione qualunque errore contro massime di esperienza, in cui il giudice sia incorso nella interpretazione dei negozî giuridici: retro, lett. β.

(30) Con particolare chiarezza, HELLWIG, *System*, § 239, III, 3 *b*.

(31) Cfr. MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1053 e autori in nota.

(32) Per le disposizioni colle quali in qualche Progetto di riforma si è sentita la necessità di vietare espressamente alla Corte di cassazione lo sconfinamento nella questione di fatto, cfr. oltre, n. 133 *a*, β, in nota.

ex art. 517, n. 2, la omissione totale di indicazione dei motivi (retro, n. 100, 3 *B*, *b*) difetto attinente all'attività dell'organo giudiziario diretta a dar forma di atto scritto al contenuto della decisione. Questo *error in procedendo* ha carattere meramente formale (33): la sua stessa collocazione negli art. 360-361 CPC, accanto ad altri vizî di attività che non hanno nessuna attinenza col contenuto del giudicato, dimostra che originariamente il legislatore aveva inteso di rendere annullabile per questo motivo solamente la sentenza che fosse incompleta come atto scritto, ossia quella sentenza nella quale il giudice avesse tralasciato di riferire in iscritto le premesse logiche dalle quali era partito per giungere a concludere nel dispositivo; il vizio di « omessa motivazione » non consisteva dunque, in origine, nel non aver ragionato o nell'aver scorrettamente ragionato, ma nel non avere espresso nel tenore della sentenza le fasi di questo ragionamento, buono o cattivo che esso fosse (34). A poco a poco, però, questo motivo di cassazione è stato singolarmente allargato e trasformato dalla pratica giudiziaria: si è cominciato ad osservare che tanto vale la assoluta mancanza di motivazione, quanto una motivazione soltanto *apparente*, che sia costituita da una serie di frasi insignificanti o contraddittorie, le quali in sostanza non dànno giustificazione alcuna del dispositivo (35); che, siccome in una sentenza il cui dispositivo sia costituito da più capi, a ogni capo deve corrispondere una propria motivazione, così in questo caso alla omissione totale deve equipararsi la *incompletezza* dei motivi, che può costituire omissione totale dei motivi per uno dei capi della sentenza (36). E si è giunti così per gradi a ritenere che una omissione di motivi ai sensi degli articoli 360-361 CPC si verifichi tutte le volte in cui il contenuto della motivazione, regolarmente inserita nel tenore della sentenza, non sia esauriente come giustificazione logica del dispositivo (37): in modo che attualmente il vizio di « *omessa* motivazione » si è trasformato nel vizio di « *difettosa* motivazione », che comprende così la omissione, totale o parziale, come la erroneità dei motivi

---

(33) Cfr. *Relazione* PISANELLI, n. 389, la quale considera la omissione dei motivi come violazione di « *una delle forme essenziali* ».

(34) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1029 e pag. 1032.

(35) La cosiddetta « *Scheinbegründung* » dei Tedeschi: cfr. SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 800, nota 2; cfr. MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 73.

(36) Cfr. MORTARA, *Comm.*, IV, n. 50, pag. 94.

(37) Cfr. MATTIROLO, *Trattato*, IV, nn. 64-75; e per il diritto francese, da ultimo, FABREGUETTES, *Art de juger*, pag. 529 e segg., colla più moderna giurisprudenza.

espressi nella sentenza. Talmente si è allontanato questo motivo di cassazione dal suo significato iniziale, che un nostro processualista (38) ha potuto recentemente riassumere il punto di vista oggidì dominante su questa materia nella pratica forense, col dire che nel difetto di motivazione incorre il giudice « non per non aver detto, ma per non aver pensato »; adottando, cioè, una frase che capovolge addirittura il significato originario di questo motivo di cassazione, in cui nell'intenzione del legislatore, doveva reputarsi che il giudice fosse incorso non per non aver pensato, ma per non aver detto; non per avere erroneamente ragionato, ma per non avere espresso come si fosse svolto il suo ragionamento. Così la pratica è giunta senza accorgersene a trasformare l'*error in procedendo* in un *error in iudicando*, che si sostituisce al motivo di cassazione contenuto nell'art. 517, n. 3 e sostanzialmente lo annulla (39); poiché sembra ormai superfluo che la legge in quell'articolo abbia stabilito che la Corte di cassazione può riesaminare la decisione di merito solo in quanto tenda a rintracciare in essa un errore di diritto, quando poi, sotto pretesto di « difetto di motivazione », la Corte può spingersi a riesaminare ogni errore di ragionamento (retro, n. 79, II *D*) in cui il giudice sia incorso così nella risoluzione della questione di diritto, *come nella risoluzione della questione di fatto*, per cassare tutte le volte in cui tra la motivazione e il dispositivo non corra un rigoroso nesso di causalità, o tra i diversi motivi si manifesti un'apparenza di contraddizione. Ho detto più sopra che la pratica è giunta « senza accorgersene » a questa trasformazione; ma con più verità avrei dovuto dire che tale trasformazione non è stata sempre involontaria ed inconsapevole: è ormai noto, infatti, che il « difetto di motivazione » è divenuto, per i patrocinanti in cassazione, un vizio *omnibus*, sotto il quale si tenta, nell'interesse del litiganti, di portare la Corte suprema al riesame delle questioni di puro fatto (40); e che molte volte i giudici di Cassazione, messi dinanzi a una decisione di merito che sia corretta nella risoluzione della questione di diritto, ma che appare evidentemente ingiusta nella risoluzione

---

(38) CARNELUTTI, *Limiti del rilievo*, cit., pag. 808.

(39) Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1029. Anche nella Revisione germanica la mancanza dei motivi serve a far riesaminare anche in fatto la decisione: cfr. WACH, *Vorträge*, pag. 291; GAUPP-STEIN, *sub* § 551, n. 7.

(40) Si confronti quanto, colla consueta franca chiarezza scriveva il LESSONA in « Rev. trim. », IX, pag. 357, ov'egli confessava che il difetto di motivazione è un « *moyen honorable* » per coloro che « trovano che la Corte di cassazione non è un'accademia, ma un tribunale, e che una decisione iniqua o ingiusta, benché legale, deve poter essere annullabile ».

del fatto, usano annullare per vizio di motivazione quella sentenza che non hanno potere di disapprovare o di riformare come ingiusta (41).

Basta dare uno sguardo alle statistiche giudiziarie (42), per persuadersi che l'abuso dei ricorsi e dei conseguenti annullamenti per vizio di motivazione allontana in misura sempre più impressionante la Cassazione dal suo scopo istituzionale: nessun pericolo alla esatta ed uniforme interpretazione della legge deriva da un errore di ragionamento in cui il giudice sia incorso nel decidere, quando questo errore di ragionamento non trascini con sé come conseguenza un errore di diritto; e non si intende in che possano cooperare al mantenimento della uniforme giurisprudenza queste sempre più numerose cassazioni per errore di fatto, colle quali praticamente si elude la disposizione dell'art. 517, n. 3. I moderni ordinamenti processuali hanno obbligato il giudice a esporre nel tenore della sentenza i motivi che lo hanno guidato al dispositivo, perché hanno inteso di dare con ciò alle parti una garanzia di giustizia che ha effetto preventivo, in quanto il giudice è rattenuto dal commettere grossolani arbitrî quando sa di dover pubblicare le ragioni della sua decisione, ed effetto repressivo, in quanto le parti hanno modo di trovare nella motivazione le traccie di quegli *errores in iudicando* che possono esser fatti valere dinanzi

---

(41) Cfr. *Progetto* ORLANDO, oltre, n. 138 γ, in nota. Sono veramente da meditarsi le pagine che il MORTARA scrive su questo argomento (*Comm.*, IV, n. 355, specialmente pag. 555-557): in esse, quantunque l'illustre Autore non si fermi a rilevare come la pratica abbia trasformato in motivo di cassazione attinente al merito della decisione quello che in origine era un motivo attinente alla forma della sentenza, è con insuperabile vigore criticato l'abuso che si fa in pratica dell'annullamento per difetto di motivazione, che non di rado è « un espediente col quale la Corte di cassazione mette in pace la propria coscienza coi dubbî che accoglie intorno alla giustizia o alla perfetta legalità della decisione senza assumere il còmpito più grave di sviscerare la questione di diritto e di adottare una massima definitiva intorno alla medesima ». In un discorso pronunciato dal Senatore MUSIO al Senato nel 1872 (pag. 26 dell'Estratto) è rappresentato a forti tinte lo stato d'animo in cui si trova il giudice di Cassazione che, vedendo l'ingiustizia, non ha mezzo di reprimerla. E si racconta ivi che il primo presidente della Cassazione di Torino GASPARE COLLER usava gridare: « ma perché non possiamo ridonare i loro averi agli orfani ricorrenti, che ne sono stati spogliati? perché la legge a tutti comanda la giustizia ed a noi supremi magistrati la proibisce? ».

(42) Dalla tabella statistica riportata in nota al n. 134 risulta che circa il 20% dei ricorsi accolti e circa il 15 % dei ricorsi rigettati si basano (colonna 3) sull'art. 517, n. 2, ossia, poiché gli altri vizî contemplati dall'articolo 361 CPC sono assai rari a verificarsi, quasi tutti su « difetto di motivazione ».

al giudice superiore, *qualora lo consenta il sistema dei mezzi di impugnativa* (art. 517, n. 3); se ciò è vero, è evidente che l'obbligo di motivare, prescritto dall'art. 360, n. 6 CPC, è perfettamente adempiuto dal giudice quando esso abbia inserito nel testo della sua sentenza quegli schiarimenti da cui i litiganti possono desumere gli errori del ragionamento che sta a base del dispositivo: e ritenere che si abbia difetto di motivazione tutte le volte in cui le parti si accorgono, appunto in virtù di questi schiarimenti inseriti nel testo della sentenza, che il ragionamento del giudice è viziato da errore, è lo stesso che accusare di omessa motivazione tutte le sentenze in cui la motivazione serve proprio a qualcosa, cioè adempie al suo scopo *repressivo* di palesare alle parti i difetti del contenuto della decisione! (43).

122. — I quattro esempi che ho raccolti nel paragrafo precedente sono più che sufficienti a dimostrare come nel suo funzionamento pratico la Cassazione manifesti una fortissima tendenza a esorbitare dai limiti che il legislatore le ha imposti, e a addentrarsi nel riesame del merito delle controversie anche se da questo riesame non derivi nessun influsso regolatore sulla interpretazione giurisprudenziale (44).

---

(43) Se si vuol dare una interpretazione estensiva al vizio di omessa motivazione senza trasformarlo, contrariamente allo spirito della legge, in un *error in iudicando*, si può ritenere che esista questo vizio non solo quando i motivi mancano affatto (caso rarissimo a verificarsi), ma anche quando essi non sono sufficienti a dare, a chi legga la sentenza, una rappresentazione completa, per quanto sommaria, del ragionamento compiuto dal giudice; ma se la motivazione è sufficiente a rappresentare il ragionamento del giudice come svoltosi in modo incoerente, contraddittorio e logicamente difettoso, qui siamo dinanzi a un *vizio di ragionamento*, che è impugnabile in Cassazione solo ex art. 517, n. 3, non a un *vizio di motivazione*, cioè ad un vizio attinente non al ragionare, ma al *riferire* in iscritto il ragionamento. Cfr. ROCHOLL, in « Z. », X, lett. H, pag. 324 e segg. È notevole che la pratica francese, avendo compreso che il *défaut de motifs* è un *moyen de forme* (*error in procedendo*) che non può andar confuso coll'erroneità del ragionamento, ha creato per i molteplici aspetti in cui il ragionamento che sta a base della sentenza si può presentare come logicamente difettoso uno speciale *moyen de fond* (*error in iudicando*) che viene denominato « *défaut de base légale* », e che comprende molti di quei difetti del giudicato che nella pratica italiana vanno in fascio sotto il vizio di « omessa motivazione ». Cfr. vol. I, n. 197 e FABREGUETTES, *Art de juger*, Parte III, Tit. IV.

(44) La miglior dimostrazione dell'abuso che si fa in pratica del ricorso in Cassazione, il quale è diventato veramente (retro, n. 97 I) nella opinione dei litiganti e dei loro patrocinatori, un rimedio normale, è data dalla seguente tabella (cfr. *Statistica giudiziaria civile e comm.* per l'anno 1912, pag. LXXXIII

Chi studî, com'io faccio, un istituto giuridico vivente nel diritto positivo attuale, non può trascurare le trasformazioni da esso compiute nella pratica, anche se queste rappresentino delle vere e proprie deviazioni dal profilo originario che all'istituto stesso aveva inteso attribuire la legge scritta; per questo, nella parte speciale di questo Studio, darò larga parte all'esame di quelle dottrine che nella pratica italiana si sono formate *praeter* ed anche, a parer mio, *contra legem*, sopratutto, in tema di interpretazione dei negozî giuridici e in tema di difettosa motivazione. Ma qui, nel tracciare il disegno generale dell'istituto, non mi sembra di peccare di apriorismo quando considero queste dottrine come vere e proprie *degenerazioni* di esso. Non credo che mi si possa obiettare che, per chi vuol studiare i fenomeni giuridici da un punto di vista realistico, ogni istituto dev'essere accettato così com'esso si è venuto formando nella pratica, e che, di conseguenza, se la Cassazione quale oggidì funziona in Italia non corrisponde più alle norme colle quali più di un cinquantennio fa il nostro legislatore intese di disciplinarla, ciò significa che quelle norme erano inadeguate ai bisogni della vita giuridica nazionale e che l'istituto, liberandosi dalle rigorose restrizioni che la legge voleva imporgli, ha saputo trovare da sé la sua via. Per qualunque altro istituto giuridico questo ragionamento può essere appropriato meno che per la Cassazione: poiché fin da quando lo Stato ha creduto opportuno sfruttare, col ricorso in cassazione, la iniziativa dei privati per raggiungere il soddisfacimento di un interesse esclusivamente pubblico (retro, capit. VI), è stato facilmente prevedibile che il sistema di porre l'interesse privato al servizio dell'utilità collettiva avrebbe portato in sé connaturato il pericolo di una degenerazione dell'organo di cassazione in un organo di terza istanza, come effetto della naturale tendenza dei ricorrenti a cercare, anche

---

dell'Introduzione) dalla quale si rileva, su dati percentuali, la frequenza comparativa degli appelli e dei ricorsi in cassazione:

Sentenze pronunciate da:	Su ogni cento sentenze di *primo grado* viene interposto appello contro:	Su ogni cento sentenze di *secondo grado* si ricorre in Cassazione contro:
Conciliatori	7,69	—
Pretori	10,41	1,24
Tribunali	24,66	6,24
Corti d'Appello	—	19,40

Come si vede, la percentuale massima dei ricorsi in Cassazione (19,40) non dista molto dalla percentuale massima degli appelli (24,66)!

in sede di cassazione, il soddisfacimento dell'interesse proprio senza curarsi del pubblico interesse (retro, n. 65). Il movimento, di cui ho citato sopra gli indizi più caratteristici, della Corte di cassazione verso un riesame sempre più ampio del merito delle controversie anche nella questione di fatto, non rappresenta dunque un fenomeno fisiologico che sia naturalmente sopraggiunto dopo la fondazione dell'istituto, ma costituisce una manifestazione per così dire morbosa di un germe degenerativo congenito, gli effetti del quale erano prevedibili, e quindi evitabili, fino dalla origine dell'istituto stesso; per questo, poiché, fino da quando la Cassazione è stata accolta nel nostro diritto, il legislatore ha previsto il pericolo che contro la integrità di esso era costituito dalla possibile prevalenza dell'interesse privato sull'interesse pubblico, e ha dettato misure restrittive per mantenere l'istituto nei rigorosi limiti delle sue finalità, credo che qualunque ampliamento del campo di cognizione della Cassazione introdotto dalla pratica non possa esser considerato come naturale tappa di evoluzione di un istituto che segue il suo costante divenire, ma debba invece esser combattuto come tentativo larvato di riportare il nostro ordinamento giudiziario a un periodo storico ch'esso ha ormai, nella lettera della legge, superato.

In verità in tutto questo lavorìo di trasformazione colla quale la pratica giudiziaria, sostituendosi alle precise disposizioni del legislatore, va a poco a poco cancellando il significato originario dell'istituto, è facilmente riconoscibile l'influsso della tradizione regionale, che tenta di risuscitare, nella sostanza se non nella forma, sistemi giudiziarî che l'unificazione nazionale sembrava aver abolito per sempre. Non soltanto, infatti, nella tenacia con cui le regioni si oppongono alla unificazione delle Corti di cassazione rivive l'attaccamento che gli Stati italiani anteriori all'unificazione avevano ciascuno per il proprio tribunale supremo residente nella rispettiva capitale, ma in ogni tentativo di estendere anche al riesame delle questioni di fatto i poteri di cognizione della Corte di cassazione si riaffaccia il sistema tradizionale della Terza istanza, per il quale il supremo organo giudiziario di ogni Stato aveva cognizione piena sul merito delle controversie. Si direbbe quasi che la nostra pratica forense voglia prendersi, a spese dell'organo di Cassazione, una rivincita contro il sistema del doppio grado di giurisdizione, che il nostro ordinamento giudiziario ha adottato dietro l'esempio francese: poiché la tradizione italiana anteriore alla Rivoluzione francese ammetteva normalmente in ogni controversia almeno tre istanze con cognizione piena, il giudizio di cassazione dovrebbe così a poco a poco riprendere il posto di quella

terza istanza che il nostro ordinamento, adottando il sistema delle due istanze, ha ritenuta superflua.

Comprendo anch'io come sia naturale, e, per dir così, *umana* la tendenza ad allargare i confini del riesame dell'organo di cassazione: applicando rigidamente il principio che il ricorso in cassazione per *error in iudicando* deve essere accolto solo in quanto ne possa derivare un influsso regolatore sulla interpretazione giurisprudenziale (retro, n. 121), il giudice di cassazione si può trovare talvolta nella dura condizione di dover respingere come infondato il ricorso proposto contro una sentenza che, senza essere errata in diritto, sia però indiscutibilmente ingiusta. Ma questo che sembra un inconveniente, e che viene energicamente sfruttato dagli oppositori della Cassazione come argomento favorevole alla loro tesi, è in realtà una conseguenza non del sistema della Cassazione, ma del sistema del doppio grado, secondo il quale la giustizia della sentenza nella sua conclusione concreta relativa al rapporto controverso, è sufficientemente garantita attraverso due istanze, esaurite le quali, deve intendersi definitivamente formato il giudicato. Lo stesso argomento di critica è adoprato in Germania da coloro che sostengono la necessità di allargare, anche fuori della questione di diritto, i poteri di riesame del giudice di revisione: si può razionalmente ammettere — essi domandano — che, soltanto perché nella sentenza del giudice di appello non si trovano violazioni di legge, debba il giudice superiore esser impotente di fronte a un accertamento di fatto che contrasta a tutte le leggi del linguaggio e del pensiero, che è dimostrato infondato dai canoni più elementari della logica, che contraddice a dati storici universalmente risaputi, che rivela nella sconnessione e nella insufficienza dei motivi con cui si tenta di giustificarlo, la più evidente volontà di arbitrio? (45). Eppure questo bisogna ammettere, se si vuol tener fede ai criteri che hanno guidato il legislatore italiano ad accogliere nell'ordinamento giudiziario l'istituto della Cassazione; il nostro legislatore infatti ha voluto — se a ragione o a torto non è questo il momento di indagare — che col giudizio di appello sia chiusa la trattazione del merito e che da questo momento la sentenza non possa più essere attaccata se non per determinati vizî che assumano un carattere di speciale gravità. Ma i criterî in base ai quali il legislatore ha misurato questo carattere di gravità dei vizî inerenti alla sentenza passata in giudicato sono stati diversi secondo i varî mezzi di impugnativa destinati a farli valere:

---

(45) Cfr. WACH, *Vorträge*, pag. 291.

e il criterio in base al quale sono stati determinati gli *errores in iudicando* per cui si può ricorrere in cassazione, non è stato quello di correggere i vizî di giudizio che rappresentassero un più evidente indizio di ingiustizia della decisione, ma quello di colpire le deviazioni dalla esatta interpretazione del diritto obiettivo che potessero costituire un pericolo di inquinamento per la giurisprudenza (retro, nn. 37-40). Se, dunque, assicurare la giustizia del giudicato non è lo scopo ultimo della Cassazione, e se questo rimedio può indirettamente soddisfare l'interesse del ricorrente alla giusta dichiarazione della concreta volontà di legge solo in quanto contemporaneamente vi sia motivo di soddisfare l'interesse dello Stato alla esatta interpretazione della legge nella sua volontà astratta, non comprendo come possa sembrare quasi repugnante ai fini della giustizia negare alla Corte di cassazione i poteri di soddisfare il primo interesse nei casi in cui non è posto in giuoco il secondo, quando solamente per la tutela del secondo quest'organo è stato istituito.

Se il rimedio della Cassazione fosse sempre rigorosamente considerato in relazione al suo scopo sarebbe facile comprendere che, qualora lo Stato non avesse sentito il bisogno di istituire uno speciale organo a tutela dell'esatta interpretazione giurisprudenziale della legge, *la gerarchia giudiziaria si sarebbe arrestata, per garantire ai litiganti una decisione giusta, ai Tribunali d'appello.* L'organo di cassazione, che nel nostro ordinamento si trova posto al disopra di questi, obbedisce a finalità sue proprie, ben diverse da quelle degli organi giurisdizionali di merito: se poi, tutte le volte in cui la Corte regolatrice esercita la sua funzione di censura su una erronea interpretazione di legge, deriva da ciò al ricorrente il vantaggio dell'annullamento di un giudicato ingiusto, non è lecito argomentarne che la semplice esistenza di un giudicato ingiusto autorizzi l'intervento dell'organo di cassazione, e che si trasformi in ragion d'essere dell'istituto quello che può essere soltanto una sua conseguenza (46).

---

(46) In senso conforme a quanto ho esposto in questo paragrafo, cfr. la *Relazione al Progetto* Zanardelli-Cocco Ortu, 12 febbraio 1903, pag. 37 e segg.: « La coscienza privata e pubblica non si adatta facilmente a una sentenza che si considera come l'effetto di un inconsiderato esame della vertenza e peggio il risultato di un difetto del sistema giudiziario; ed è umano ricorrere in tali casi a tutti i mezzi possibili per scuoterne e negarne ogni giuridica efficacia. E poiché altro mezzo possibile non vi è che il rimedio della Cassazione, noi assistiamo allo spettacolo di vedere questo rimedio, che dovrebbe essere straordinario e rarissimo, diventato invece ordinario e frequentissimo. Si moltiplicano

123. — *b*) La giurisdizione esercitata dalla Corte di cassazione si può qualificare, nei limiti e col significato sopra indicati, come una giurisdizione « di diritto » quando il ricorso sia basato sopra un *error in iudicando* (art. 517, n. 3): poiché in questo caso il giudice di cassazione, per accertare la fondatezza del ricorso, deve spingersi a riesaminare *in iure* la decisione relativa al merito del rapporto sostanziale controverso. Ma quando il ricorso si basa sopra un *error in procedendo*, non si può più parlare in nessun modo di giurisdizione « di diritto », poiché in questo caso la Corte di cassazione non ha alcun potere di riesame, né *in iure* né *in facto*, sul merito del rapporto sostanziale, mentre ha cognizione piena, tanto *in iure* quanto *in facto*, sul rapporto processuale di cui la decisione di merito è stata la conclusione. L'organo di cassazione, qui, non si limita a controllare se il giudice inferiore, nell'accertare quali concrete volontà di legge siano sorte all'indirizzo dei privati litiganti dalla norma giuridica, abbia erroneamente interpretato la volontà astratta di questa; ma riesamina come il giudice inferiore abbia eseguito i concreti precetti di cui era il destinatario, come si siano svolte *in procedendo* le attività processuali, se qualche atto è stato compiuto nonostante che non si verificassero in concreto le condizioni legali per poterlo compiere, o se viceversa è stato tralasciato qualche atto di cui le circostanze di fatto verificatesi nel corso del processo costituivano la condizione legale necessaria e sufficiente: il giudizio di cassazione, è, insomma, in questo caso, un vero e proprio controllo sulla legittimità degli atti compiuti, nello svolgimento del rapporto processuale, dall'autorità giudiziaria inferiore e può paragonarsi, colle debite differenze, al « giudizio di legittimità » sugli atti delle autorità amministrative che compete nei limiti già accennati (retro, n. 120) alla IV Sezione del Consiglio di Stato.

La profonda differenza che passa tra la cosidetta « giurisdizione di diritto » esercitata dalla Corte di cassazione quando il ricorso

---

a dismisura i ricorsi; e si chiamano in ausilio i più sottili ingegni a scoprire con l'aiuto dei veri casi deducibili per annullamento errori di diritto là ove non è che soltanto un errore di fatto. D'altra parte, al magistrato supremo può anche repugnare di adattarsi ad una cattiva sentenza, e quindi anch'egli può esser tentato a far buon viso ai sottili espedienti, trovando maggior soddisfazione nel rendere la giustizia vera e sostanziale, che nel limitarsi a un esame di pura e semplice legalità. A questo proposito, pur prescindendo dal considerare la sensibile larghezza di criterî che prevalgono nelle Corti di cassazione circa l'ammissibilità dei ricorsi, basta guardare al tanto abusato mezzo della mancanza di motivazione, e a quello del travisamento... ».

si fonda su un *error in iudicando*, e questa che possiamo, per analogia col Consiglio di Stato, chiamare « giurisdizione di legittimità » esercitata dalla Corte di cassazione quando il ricorso si fonda su un *error in procedendo*, appare più evidente quando si rilevi che lo scopo, per il quale l'organo di cassazione esercita il suo controllo anche sui vizi di attività dai quali possa essere affetto il rapporto processuale, non ha niente di comune col mantenimento della esatta interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo, che è, come sappiamo, la finalità caratteristica del ricorso in cassazione ex art. 517, n. 3.

In verità, se noi richiamiamo la distinzione che, nei primi capitoli di questo volume, abbiamo fatto tra i due scopi ai quali risponde la Cassazione nello Stato moderno, è facile dimostrare che a nessuno dei due può ritenersi preordinato il ricorso fondato su un *error in procedendo*. Esso infatti non adempie alla funzione di nomofilachia, in quel senso speciale che ho cercato a suo tempo di definire (capit. II): poiché già da allora si è messo in luce che la inosservanza della legge da parte del giudice, che l'istituto della Cassazione mira a reprimere come particolarmente pericolosa dal punto di vista costituzionale, non è la semplice inesecuzione di qualsiasi precetto processuale (del tutto analoga alle inesecuzioni di concrete volontà giuridiche che qualunque organo anche non giudiziario e qualunque cittadino può commettere), ma è la inesecuzione di quel principio fondamentale che fa obbligo al giudice di decidere *secundum legem* le controversie commesse al suo giudizio, conseguenza della quale è sempre un abuso da parte del giudice di quel potere di comandare in concreto che lo Stato gli affida (falsa *dichiarazione* di una concreta volontà di legge: retro, n. 12), e del quale nessuno che non sia giudice si trova nella possibilità di abusare. D'altra parte è anche più evidente che la cassazione per *error in procedendo* non serve neppure a mantenere la uniformità della interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo, poiché a fondamento di essa sta non la risoluzione teorica da parte dell'organo di cassazione di una questione di diritto che potrà ripresentarsi anche in seguito quando in altri processi si dovrà applicare a fattispecie analoghe la stessa norma giuridica, ma l'accertamento storico di una attività difettosa che costituisce una vera e propria questione di fatto contenuta nell'ambiente del singolo rapporto processuale in cui essa è sorta (retro, n. 102 *a*, β) (47).

---

(47) Beling, *Revision*, pag. 140, osserva che quando la revisione ha luogo per *error in procedendo*, essa « serve soltanto da mezzo di correzione nel caso con-

Risulta dunque, da queste semplici osservazioni, che *tutte le considerazioni svolte nei primi due capi di questo volume non hanno nessuna possibilità di riferimento al ricorso per cassazione basato sui numeri 1, 2, 4-8 dell'art. 517 CPC.* E qui potrebbe qualcheduno obiettarmi che questo risultato è in sostanza la confessione di un errore fondamentale da cui questo mio Studio è viziato: se, infatti, le premesse teoriche da cui sono partito per spiegare lo scopo della Cassazione e la situazione in cui si trova in questo istituto l'interesse privato di fronte all'interesse pubblico servono soltanto a spiegare uno (n. 3) tra gli otto motivi di cassazione contemplati dall'art. 517 CPC, ciò significa che la teoria da cui mi sono mosso è una vuota « costruzione » che non trova nessuna conferma nel diritto positivo, e che, quindi, l'interpretazione da me data all'istituto, è, almeno per sette ottavi, puramente arbitraria.

E tuttavia non credo che questa obiezione possa colpirmi: in verità, se dalla trattazione teorica svolta finora appare sufficientemente dimostrato che il mantenimento dell'esatta intepretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo è lo scopo della cassazione ex art. 517, n. 3; e se, d'altra parte, la trattazione storica contenuta nel primo volume ha dimostrato che la novità caratteristica dell'istituto dev'essere ricercata nel ricorso per violazione di legge *in iudicando,* mi credo da questo autorizzato a concludere che il ricorso basato su *errores in procedendo* deve esser considerato anche nel nostro diritto positivo come un rimedio accessorio che non è capace di modificare il profilo teorico dell'istituto, e che non ne costituisce una parte integrante di cui sia necessario tener conto nella sua interpretazione dogmatica.

Occorre, infatti, considerare che, mentre lo scopo al quale è preordinata la cassazione per *error in iudicando,* è come sappiamo (retro, n. 49) profondamente diverso dallo scopo di attuare la legge nelle sue volontà concrete per il quale agiscono gli organi giudiziarî di merito, la cassazione per *error in procedendo* non è che una garanzia per il più sicuro raggiungimento dello stesso scopo per il quale agiscono questi. L'osservanza delle forme processuali non è fine a sé stessa: ma queste sono istituite dal legislatore unicamente perché aumentano la probabilità che il

---

creto. L'errore non ha alcuna importanza eccedente il caso singolo. La sua correzione... non garantisce che nei casi futuri non saranno compiuti errori simili dai tribunali inferiori ». Cfr. però, per i casi in cui l'*error in procedendo* è la conseguenza di un errore di interpretazione relativo a una norma di diritto processuale, retro, n. 106.

processo possa raggiungere la meta verso la quale tende, cioè la giustizia della decisione della quale il processo è strumento. Vegliando a che i precetti processuali siano rigorosamente osservati, la Corte di cassazione coopera dunque indirettamente alla costruzione di una sentenza giusta nella dichiarazione della concreta volontà di legge, cioè nella conclusione del sillogismo; a differenza di ciò che avviene quando la Corte di cassazione, annullando una sentenza per *error in iudicando* ex art. 517, n. 3, coopera alla interpretazione scientificamente corretta di una norma giuridica che nel sillogismo stesso dovrà funzionare come premessa.

La cassazione delle sentenze per *error in procedendo* non ha dunque la sua radice in un conflitto tra la funzione legislativa e la funzione giudiziaria, ma è preordinata al fine di rendere più perfetto il funzionamento degli organi giudiziarî di merito, nell'interesse della giustizia, controllandoli nella esecuzione dei precetti che regolano lo svolgimento del rapporto processuale. Perché questo controllo meramente processuale possa efficacemente svolgersi non sarebbe necessario che esistesse al culmine dell'ordinamento giudiziario un organo supremo con questo ufficio esclusivo: tant'è vero che, mentre la funzione di cassare per errore di diritto *in iudicando* è esclusiva della Corte di cassazione (cfr. vol. I, n. 169), la funzione di annullare per *error in procedendo* la sentenza del giudice inferiore compete a tutti i giudici di secondo grado, talché, se il ricorso ex art. 517, n. 3 non ha niente di comune coll'appello, il ricorso basato sugli altri numeri dello stesso articolo ha perfetta analogia con quella querela di nullità della quale talvolta l'appello assume, anche nel nostro diritto, la struttura (retro, n. 94 I, 1).

La miglior riprova del mio assunto è data, del resto, dal ricordare che anche agli ordinamenti italiani anteriori alla Rivoluzione francese, ai quali l'idea della Cassazione era assolutamente ignota, non erano estranei speciali organi incaricati di controllare che presso i giudici inferiori i processi si svolgessero secondo le formalità stabilite dalle leggi giudiziarie (vol. I, n. 86 e n. 93): e anche i tribunali supremi del periodo intermedio cumulavano spesso al potere di decidere le liti in ultima istanza con cognizione piena sul merito, il potere, complementare ed accessorio del primo, di annullare le sentenze dei giudici inferiori per vizî di forma (vol. I, n. 93).

In conclusione il nostro legislatore volle fondere il ricorso basato su *errores in procedendo* col ricorso basato su *errores in iudicando* nell'istituto apparentemente unico ed omogeneo della Cassazione, soltanto perché attribuire alla Corte di cassazione la cognizione della

tradizionale querela di nullità per vizî di forma contro le sentenze dei tribunali d'appello gli sembrò praticamente opportuno; non già in quanto questa funzione di annullamento per vizî di attività avesse qualcosa di comune colla funzione regolatrice della interpretazione giurisprudenziale, ma in quanto la Corte di cassazione costituiva pur sempre, astraendo dallo scopo tutto speciale della sua funzione caratteristica, un tribunale *superiore* agli organi giudiziarî di seconda istanza, e adatto per questo a esercitare al di sopra di essi una funzione di controllo sulla osservanza delle forme processuali. La *querela nullitatis* per vizî di attività, nata nel diritto statutario e penetrata nella nostra tradizione giuridica attraverso una pratica di più di cinque secoli, e la cassazione per violazione della legge *in iudicando,* nata alla fine del secolo XVIII da contingenze politiche tutte proprie del periodo rivoluzionario, furono così accoppiate nelle legislazioni italiane (sia in qualcuna di quelle degli Stati precedenti alla unificazione: vol. I, n. 266; sia nella legislatura attuale del Regno) sotto un'unica denominazione: ma si è trattato pur sempre — com'è provato dal fatto che le più recenti leggi processuali hanno di nuovo regolato separatamente i due istituti (48) — di un accoppiamento formale e fittizio, che lascia tuttavia trasparire, si è visto in più occasioni, profonde diversità di sostanza. Onde si può con sicurezza ritenere che se in Italia, al momento della unificazione, fosse stato adottato per il nostro ordinamento giudiziario il sistema della Terza istanza e fosse stato rigettato l'istituto della Cassazione regolatrice della giurisprudenza, non per questo sarebbe stato bandito dal nostro diritto il rimedio per *errores in procedendo* contro le sentenze di appello, che oggidì è compreso sotto il nome generico di ricorso in cassazione, perché ne conosce la Corte di cassazione, e che allora, quando della cognizione su di esso fossero state investite le Corti di terza istanza, avrebbe probabilmente riassunto la vecchia denominazione tradizionale di querela di nullità (49).

---

(48) Cfr. retro, n. 115, in nota, per il diritto germanico e austriaco che regolano l'azione di nullità come istituto separato dalla Revisione. Confusione tra questi due istituti è fatta però in parte anche nelle legislazioni a tipo tedesco: cfr. retro, n. 101.

(49) Nel *Progetto* Zanardelli-Cocco Ortu (vol. I, n. 271 *r*) che trasformava le attuali Corti di cassazione regionali in Corti di revisione e al di sopra di queste poneva una Corte di cassazione unica, erano infatti investite dei ricorsi per ottenere l'annullamento per vizî processuali delle sentenze di secondo grado le Corti di revisione, non la Corte di cassazione. Ciò si arguisce, almeno, dal tenore dell'art. 22 del Progetto, sul quale però, cfr. oltre, n. 134, nota 83.

124. — *C) Giurisdizione negativa.*

La differenza che passa fra la giurisdizione esercitata dalla Corte di cassazione e quella esercitata dagli organi giudiziarî di merito è di solito, per tradizione scolastica, riassunta in due caratteri: mentre, infatti, si insegna da un lato ch'essa è una giurisdizione « di diritto » nel senso finora precisato (retro, n. 120) si rileva dall'altro ch'essa è una giurisdizione « negativa » (50), nel senso che il giudice di cassazione si limita a distruggere le sentenze viziate da taluno di quegli errori *in iudicando* o *in procedendo,* che la legge considera come motivi di ricorso, senza pronunciare una nuova decisione sul merito del rapporto controverso, destinata a prendere il posto della decisione annullata. Si è già veduto che la dottrina francese si riferisce a questo secondo carattere quando afferma che la Corte di cassazione « giudica la sentenza, non la controversia » (51): come già, quando abbiamo profilato la struttura del ricorso in cassazione come quello di un'azione di impugnativa, si è notato che questo stesso carattere si concreta nel fatto che la Corte di cassazione si limita a decidere sul rescindente, mentre sul rescissorio, quand'esso possa aver luogo, è competente il giudice di rinvio (retro, nn. 102 e 108).

Bisogna peraltro guardarsi dal credere che questo carattere di « negatività » della giurisdizione di cassazione debba essere inteso alla lettera: per comprendere, infatti, con precisione in che cosa consiste la giurisdizione « negativa » della Corte di cassazione, bisogna ricordarsi che il giudizio di quest'organo verte costantemente (retro, n. 77) non sulla esistenza di una concreta volontà di legge sostanziale relativa alla controversia di merito, ma sulla esistenza di una concreta volontà di legge processuale che garantisca al ricorrente l'annullamento di una sentenza pronunciata dal giudice di merito: il giudice di cassazione, dunque — sia che il ricorso si basi su un vizio di attività (retro, capit. IX), sia che si basi su un vizio di giudizio (retro, capit. X) — deve sempre *positivamente* accertare se esiste questa concreta volontà di legge processuale, e, nel caso che la riconosca esistente, deve *positivamente* attuarla: qui dunque, nell'àmbito del giudizio rescindente che si svolge sul rapporto processuale, non sul rapporto sostanziale, si può dire che la pronuncia del giudice di cassazione ha carattere negativo non perché abbia carattere negativo la funzione che il giudice di cassazione compie (che è sempre, come si è detto,

---

(50) MATTIROLO, *Trattato,* IV, n. 1203.

(51) Cfr. vol. I, n. 159.

una positiva attuazione di concrete volontà di legge) ma perché hanno carattere negativo le concrete volontà di legge che il giudice è chiamato ad attuare, contenuto delle quali è sempre la negazione, cioè l'annullamento, di un giudicato già esistente. La pronuncia del giudice di cassazione che annulla la sentenza denunciatagli agisce dunque, direttamente e positivamente, sul rapporto processuale, il quale vien trasmesso al giudice di rinvio in quella condizione in cui la pronuncia di cassazione lo ha lasciato, senza che il giudice di rinvio possa tornare a discutere i punti di diritto processuale che il giudice di cassazione ha definitivamente risolti: e si può dire, da questo punto di vista, che la giurisdizione di cassazione ha qui carattere negativo nello stesso senso in cui si potrebbe qualificare come negativa la giurisdizione del giudice di merito che annulli un contratto viziato da qualche difetto.

Senonché, quando si parla del carattere negativo della decisione di cassazione, non si intende soltanto aver riguardo agli effetti della pronuncia sul rapporto processuale, i quali, come si è detto, sono negativi soltanto in quanto è negativo il contenuto delle concrete volontà di legge che il giudice di cassazione è chiamato ad attuare, ma si allude sopratutto alla circostanza che la pronuncia di cassazione non ha di regola alcuna efficacia positiva sulla decisione del rapporto sostanziale che formava oggetto della sentenza annullata (52). Che ciò si verifichi quando il ricorso si basa esclusivamente su un *error in procedendo,* si intende: qui il giudice di cassazione è chiamato soltanto a pronunciarsi sulla regolarità delle forme processuali che costituiscono, per così dire, il sostegno esteriore della decisione di merito; e se, riconosciuta l'irregolarità delle forme processuali, deve necessariamente anche il contenuto della decisione cadere nel nulla, non per questo può restare pregiudicato il merito del rapporto sostanziale controverso, sul quale il giudice di cassazione non è mai stato chiamato a pronunciarsi. Ma un fenomeno assai più caratteristico si verifica invece quando il ricorso si basa su un *error in iudicando*: poiché

---

(52) Sappiamo dal vol. I, n. 159, che le Leggi francesi, a partire dall'art. 3 del Decreto 27 novembre 1790, hanno sempre espressamente riaffermato il principio che « sous aucun prétexte et en aucun cas le Tribunal ne pourra connaître du fond des affaires ». Questa disposizione passò anche nelle legislazioni italiane anteriori all'unificazione (cfr. art. 115 Legge napolet. org. giud. 29 maggio 1817; art. 591 CPC sardo del 1859; PISANELLI, *Comment.*, IV, n. MCCXCV), ed è implicita nel nostro diritto.

qui, quantunque il giudice di cassazione, per accertare se esista o non esista l'azione di impugnativa fatta valere dal ricorrente, debba spingersi a riesaminare, nei limiti della *quaestio iuris,* la decisione relativa al rapporto sostanziale, è come si sa (retro, n. 108 *d*) principio fondamentale del nostro istituto che il giudice di rinvio sia libero nel *iudicium rescissorium* di decidere la controversia con indipendenza assoluta, senza uniformarsi alla opinione giuridica espressa dalla Corte di cassazione e magari mettendosi in aperta opposizione con essa (cosidetta « ribellione » del giudice di rinvio).

In questa mancanza di efficacia positiva sulla decisione del rapporto sostanziale che ha la pronuncia di cassazione anche quando il ricorso si basa su un *error in iudicando* relativo appunto alla decisione del rapporto sostanziale, è opportuno fermarsi un momento, per mettere in luce *a*) le ragioni e *b*) i limiti del fenomeno.

125. — Da un punto di vista strettamente processuale, ci si potrebbe limitare ad osservare che la ragione per cui il giudice di rinvio ha assoluta libertà di decisione sul merito anche quando la cassazione è stata pronunciata ex art. 517, n. 3, deve ricercarsi nella struttura del ricorso per cassazione, che, essendo nel nostro diritto costruito come un'azione di impugnativa, dà luogo anzitutto a un giudizio rescindente che ha per oggetto una volontà di legge assolutamente distinta da quella che in seguito potrà formare oggetto di un giudizio rescissorio: onde, anche se nel rescindente il giudice di cassazione ha desunto l'esistenza della *causa petendi* della impugnativa da considerazioni relative al contenuto della decisione di merito, nessuna forza obbligatoria esse possono avere per il giudice del rescissorio, che è chiamato a decidere su un rapporto assolutamente diverso da quello su cui ha deciso il giudice di cassazione. Ma questo ragionamento si riduce, in sostanza, a un *idem per idem*; poiché il problema interessante è proprio quello di sapere per qual ragione il ricorso per cassazione è stato processualmente costruito come un'azione di impugnativa che dà luogo a un giudizio rescissorio distinto dal rescindente, e sopratutto per qual ragione, mentre in casi analoghi il giudice del rescindente è anche il giudice del rescissorio (per es. artic. 508 CPC), il giudice di cassazione debba sempre, anche quando la cassazione è pronunciata per « violazione o falsa applicazione di legge » relativa al rapporto sostanziale, mantenersi negli stretti limiti del rescindente, rinviando ad altro giudice, uguale in grado a quello che pronunciò la sentenza cassata, la decisione del rescissorio.

Le ragioni colle quali gli scrittori francesi giustificano la mancanza di effetti positivi sul rapporto sostanziale propria delle decisioni di cassazione, e nelle quali anzi scorgono una luminosa prova della sapienza con cui i legislatori del periodo rivoluzionario seppero fissare i caratteri dell'istituto, si possono ridurre a due.

α) Si osserva anzitutto che in Francia, dove la Corte di cassazione è, coerentemente al suo scopo, unica, sarebbe stato pericoloso, dal punto di vista costituzionale, concentrare in un organo giudiziario unico il potere di decidere positivamente in ultima istanza, e senza la possibilità di ulteriori controlli, il merito di tutte le controversie: in questo modo la Corte di cassazione, da organo posto a difesa della legge, si sarebbe trasformato, a causa della sua onnipotenza, in una perpetua minaccia contro l'autorità della legge, e avrebbe perpetuato, riproducendoli su più vasta scala, gli attentati contro il potere legislativo per i quali sotto l'*ancien régime*, erano stati tristemente famosi i Parlamenti (53).

β) Si afferma inoltre che il carattere prettamente negativo delle decisioni di cassazione è una garanzia di indipendenza per gli organi giudiziarî di merito: la Corte di cassazione è, infatti, un organo di controllo *sui generis* che ha una funzione ben diversa da quella dei giudici ordinarî; e se a quest'organo di controllo si permettesse di decidere definitivamente il merito delle controversie, si verrebbe ad attribuire una funzione strettamente giudiziaria a un organo istituito per fini non giudiziarî, ossia a violare il principio fondamentale della separazione dei poteri, a danno del potere giudiziario (54).

Non mi sembra che ci sia bisogno di indugiare a lungo a dimostrare come, nel nostro diritto, queste argomentazioni conservino soltanto un valore puramente storico: il timore che la Corte di cassazione possa diventare, a causa della sua onnipotenza nel decidere in ultima istanza il merito delle liti, un pericolo costituzionale, se risponde alla mentalità propria del periodo rivoluzionario, quando, come reazione agli inconvenienti manifestatisi sotto il governo monarchico, si tendeva a impedire in tutti i modi la resurrezione dei corpi giudiziarî troppo autorevoli, fa sorridere oggidì, quan-

---

(53) Cfr. vol. I, n. 164; e specialmente LEUE, *Ideen*, cit., pag. 127-128.

(54) Cfr. vol. I, n. 164; cfr. anche MEYER, *Spirito, origine e progressi delle ist. giud.*, libro VIII, cap. IX (vol. 5°, trad. it.), pag. 133; HOLZSCHUHER, *Rechtsweg*, pag. 127. Cfr. LA GRASSERIE, *Cassation*, pag. 46.

do ormai la vita dello Stato appare come una cooperazione di funzioni coordinate a uno stesso fine, non un conflitto tra poteri, ansiosi di soverchiarsi a vicenda; parimente sarebbe oggi un anacronismo considerare come estraneo alla natura dell'organo di cassazione l'esercizio di funzioni giurisdizionali simili a quelle degli organi giudiziarî di merito, poiché ormai la Corte di cassazione ha perduto quei caratteri di organo esecutivo che aveva alle sue origini, ed entrando a far parte di quella gerarchia giudiziaria, che un tempo essa vigilava dal di fuori, si è trasformata in un vero e proprio organo giurisdizionale, capace, in potenza, di esercitare tutte le funzioni caratteristiche degli altri organi giurisdizionali ad essa sottoposti (vol. I, n. 192).

126. — *b*) Del resto, meglio che confutare le ragioni colle quali si tenta ancora spiegare la sopravvivenza nel nostro diritto di questa cosiddetta « giurisdizione negativa » della Corte di cassazione, che risponde soltanto a concessioni ormai arretrate di un secolo, il carattere anacronistico delle disposizioni che regolano questo punto dell'istituto si prova coll'osservare che nella realtà pratica la giurisdizione della Corte di cassazione è « negativa » in misura assai più ristretta di quanto la tradizione vorrebbe far credere. Infatti, lasciando da parte gli effetti positivi che la cassazione ha sempre sul rapporto processuale (retro, n. 102 e n. 124), la pronuncia del giudice di Cassazione che accolga un ricorso basato sul n. 3 dell'art. 517 CPC può avere effetti positivi α) sulla decisione del rapporto sostanziale controverso che formava oggetto della sentenza cassata, e perfino β) sulla decisione di rapporti sostanziali diversi da quello attualmente controverso, che nel futuro diano luogo dinanzi ad altri giudici a questioni giuridiche simili a quella attualmente risoluta dalla Corte di cassazione (Cfr. vol. I, nn. 183-190).

α) Per determinare quali effetti positivi può avere la pronuncia della Corte di cassazione *sulla decisione della controversia di merito che formava oggetto della sentenza cassata,* bisogna distinguere [α 1)] il giudizio di rinvio che segue a una seconda cassazione « per gli stessi motivi » (art. 547 CPC; retro, nn. 109-111) dal giudizio di rinvio [α 2)], che segue a una prima cassazione (retro, n. 108 *d*).

α 1) Abbiamo già sottoposto a una lunga indagine il primo caso (retro, nn. 109-111); e sappiamo che, quando esso si verifica, la Corte di cassazione, per espressa disposizione della legge (art. 547 cpv.) coopera positivamente alla formazione della sentenza definitiva sul merito.

α 2) Un fenomeno in tutto analogo a quello che si verifica per espressa disposizione di legge nel caso di secondo rinvio, può fin dal primo giudizio verificarsi *di fatto*: può darsi infatti che il primo giudice di rinvio, quantunque non sia obbligato per legge a « conformarsi » alla risoluzione del punto di diritto contenuta nella decisione della Corte di cassazione, vi si conformi però spontaneamente; talché venga in pratica ad attuarsi fin dal primo giudizio rescissorio quella cooperazione tra giudice di cassazione e giudice di merito che è del secondo rinvio costante caratteristica legale. Le statistiche giudiziarie contengono anche su questo tema dati preziosi, poiché dimostrano che i ricorsi « per gli stessi motivi » alle Sezioni riunite rappresentano una percentuale esigua di fronte al numero dei ricorsi ex art. 517, n. 3 accolti dalle Corti di cassazione regionali (55). Ciò significa che nella maggior parte dei giudici di rinvio esiste una decisa tendenza a uniformarsi *spontaneamente* alla interpretazione di legge, che la Corte regionale ha preso a base della sua pronuncia di cassazione: né è difficile risalire alle cause di questa tendenza, quando si pensi alla grande autorità logica e scientifica colla quale di solito le decisioni della Corte di cassazione si impongono al rispetto dei giudici inferiori, e sopra tutto quando si osservi che, sebbene teoricamente il primo giudice di rinvio sia libero di « ribellàrsi » alla interpretazione giuridica accolta dalla Corte di cassazione, tuttavia in pratica costituisce per lui una vera coazione psicologica il timore di esporsi, ribellandosi all'avviso della Corte regionale, a una nuova censura da parte delle Sezioni Unite (56). E' chiaro, d'altra parte, che il sistema dei rinvii successivi che il nostro diritto ha imitato dalla Legge francese del 1° aprile 1837 è appunto predisposto a favorire questo spontaneo conformarsi del giudice di rinvio al parere della Corte di cassazione; e che la coazione giuridica, la quale subentra soltanto nel caso di secondo rinvio

---

(55) Ad esempio, nel 1912, di fronte a 465 ricorsi accolti dalle Corti regionali ex art. 517, n. 3, le Sezioni unite ebbero a decidere 58 ricorsi per lo stesso motivo, di cui solo 19 furono accolti; nel 1911, di fronte a 425 ricorsi accolti dalle Corti regionali, le Sezioni unite decisero per lo stesso motivo 31 ricorsi, di cui solo 6 accolti (cfr. *Statistica giudiziaria civile e comm.*, anni 1912 e 1911).

(56) È noto che uno dei titoli su cui si fonda il giudizio di promovibilità per merito dei magistrati è costituito da un certo numero delle loro sentenze e anche dalla percentuale delle loro sentenze che siano state confermate o riformate da un giudice superiore: si intende da ciò come i giudici d'appello possano avere anche un interesse personale ad evitare che una loro sentenza sia annullata in Cassazione!

per gli stessi motivi, è un rimedio estremo riservato unicamente ai casi in cui nel primo giudice di rinvio sia mancata la sperata sottomissione spontanea.

β) Che le decisioni della Corte di cassazione possano, in quanto risolvono una questione « di massima », avere *di fatto* una efficacia positiva *sulla risoluzione giudiziaria delle future controversie alle quali la stessa risoluzione di massima sia applicabile,* si è già osservato (retro, n. 40) quando si è cercato di chiarire come si esplichi la funzione regolatrice della giurisprudenza esercitata dall'organo di cassazione, intento del quale non è soltanto la negazione delle interpretazioni giurisprudenziali aberranti, ma anche e sopratutto l'affermazione positiva nella pratica giudiziaria di tutto lo Stato dell'unica interpretazione corretta. Già si è veduto come, nel nostro sistema giudiziario, questa autorità logica che di fatto hanno sulla evoluzione giurisprudenziale del diritto le decisioni della Corte di cassazione, non debba andar confusa coll'autorità legislativa che, nei sistemi di altri paesi, è attribuita al « precedente » giudiziario (retro, n. 35); qui basti avvertire che il nostro diritto positivo contiene molteplici disposizioni dalle quali si può desumere che il legislatore ha voluto in ogni modo favorire ed accrescere questa autorità di fatto che le decisioni della Cassazione possono avere anche fuori della controversia in occasione della quale sono state emanate: si può infatti citare come indici di questa tendenza:

β 1) l'istituto della cassazione « nell'interesse della legge » (retro, nn. 57-62), il quale non ha soltanto l'intento di riaffermare in modo puramente accademico l'autorità e il vero significato della legge, ma ha anche l'intento eminentemente pratico di richiamare l'attenzione di tutti gli organi giudiziarî sulla esatta interpretazione di una norma giuridica, per evitare che, qualora essa debba essere in seguito applicata in altre controversie, qualche altro giudice possa ricadere nello stesso errore di diritto da cui era affetta la sentenza cassata;

β 2) tutte quelle disposizioni che mirano a portare a conoscenza del giudice *a quo* la sentenza di cassazione, affinché questi tenga conto in altri processi della censura inflitta dalla Corte regolatrice alla opinione giuridica da lui seguìta nella sentenza cassata (art. 548 CPC; art. 531 e 536 CPP); allo stesso intento mirano in altre legislazioni quelle disposizioni che, per dare alle decisioni dell'organo regolatore della giurisprudenza la più diffusa pubblicità, prescrivono la loro inserzione in raccolte

ufficiali e la loro divulgazione in appositi repertorî editi dallo Stato (57).

127. — Se ritorniamo ora al quesito che ci siamo posti al principio di questo capitolo, dobbiamo risolutamente affermare, come risposta al medesimo, che *la Corte di cassazione, qual'è disciplinata dal nostro ordinamento giudiziario, non dà garanzia di poter raggiungere in pratica lo scopo per il quale essa è stata istituita in teoria.* Nei paragrafi che precedono abbiamo potuto infatti riconoscere:

sub A: che il sistema della pluralità delle Corti di cassazione non solo non giova, ma anzi costituisce un ostacolo insormontabile al mantenimento della esatta interpretazione giurisprudenziale (retro, nn. 117-119);

sub B: che l'intento di regolare la giurisprudenza è assolutamente estraneo alla Corte di cassazione quand'essa conosce dei ricorsi fondati su *errores in procedendo* (retro, n. 123); e che, anche quand'essa conosce dei ricorsi fondati su *errores in iudicando*, la tendenza sempre più spiccata della pratica giudiziaria a trascinare l'istituto fuori dei confini nettamente assegnatigli dalla legge, fa sì che la funzione dell'organo di cassazione si vada sempre più avvicinando a quella propria di un tribunale di terza istanza e che la sua cognizione si estenda giornalmente a riesaminare questioni di puro fatto, che non hanno nessuna attinenza colla interpretazione del diritto obiettivo (retro, nn. 121-122);

sub C: che la cosidetta « giurisdizione negativa » della Corte di cassazione, anche nei limiti assai ristretti in cui le si può riconoscere questo carattere, è il residuo di una concezione dell'istituto ormai superata dai tempi, e non rispondente al suo scopo attuale, che è quello di cooperare positivamente così alla decisione del singolo rapporto controverso col fornire al giudice di merito la risoluzione della questione di diritto, come al mantenimento di una corretta giurisprudenza, col formulare una interpretazione della norma giuridica che possa, in virtù della sua forza logica, essere accolta anche nei futuri giudicati come l'unica interpretazione corrispondente alla legge (retro, nn. 124-126).

---

(57) Cfr. su questo punto MEYER, *Spirito, origine e progressi delle istit. giud.*, libro VIII, cap. IX (vol. 5°, trad. it.), pag. 141-144. Cfr. art. 22 del Decreto 27 nov. 1790, e l'*Arrêté*, 28 vend., anno V (in TARBÉ, *Lois*, nn. 539 e 778). Questo punto era specialmente curato nel *Progetto* CARUSO (sul quale oltre, n. 130, *c*, γ) e nel *Progetto* del CIRCOLO GIUR. DI PALERMO (n. 130 *b*, α) art. 15. Per la pubblicità data nella pratica austriaca alle decisioni della Suprema Corte, cfr. MENESTRINA, in « R. d. c. », 1911, pag. 826, nota 1.

In conclusione noi abbiamo nella Cassazione quale è disciplinata dal nostro diritto un istituto che, essendo stabilito per un ben determinato scopo, non trova nelle singole disposizioni che lo disciplinano il mezzo pratico per servire alle sue finalità: non solo, infatti, taluna tra queste disposizioni porta al raggiungimento di scopi ben diversi da quello costituzionale (retro, n. 123), ma perfino qualcun'altra è di fronte a quello scopo in sì perfetta relazione di antagonismo, che la sua esistenza viene a distruggere *a priori* il significato di tutto l'istituto (retro, n. 117). È evidente che, in tale anormale condizione di cose, questa parvenza di Cassazione che abbiamo nel nostro ordinamento mostra ingranditi tutti i difetti che fino dalle origini sono inerenti all'istituto, senza poterne mettere in evidenza le cospicue virtù: essa infatti non serve all'interesse dello Stato, come vi servirebbe un vero organo di Cassazione, né serve all'interesse dei litiganti, come vi servirebbe un vero organo di Terza istanza: onde non par discutibile che, nella prossima revisione di tutto il nostro ordinamento giudiziario, debba questo increscioso controsenso essere risolto, o abolendo addirittura un istituto che nel suo funzionamento pratico è ormai ridotto a una lustra, o (come meglio diremo nel capitolo seguente) mettendo le disposizioni che lo regolano in armonia colle finalità per le quali si afferma ch'esso sia stato fondato.

Capitolo XIII

QUALI SAREBBERO LE RIFORME NECESSARIE PER PORRE L'ORDINAMENTO POSITIVO DELLA CASSAZIONE ITALIANA IN GRADO DI SERVIRE AL SUO SCOPO

Sommario: 128. Posizione del problema, e dimostrazione che esso è, come qui viene posto, un problema giuridico, non politico. — 129. Cenno su alcuni progetti che vorrebbero trasformare l'istituto della Cassazione: *a*) facendone un organo di interpretazione autentica; *b*) facendone un organo creatore di diritto; *c*) attribuendole il controllo politico su tutti i poteri dello Stato. — 130. *A*) *Unicità o pluralità delle Corti di cassazione*: Progetti per la soluzione di questo problema: *a*) a favore della pluralità; *b*) a favore della pluralità, con istituti speciali per garantire la uniforme interpretazione; *c*) a favore della Cassazione unica completata da Corti regionali di terza istanza; *d*) a favore della Cassazione unica. — 131. Critica di essi, e dimostrazione che ai fini dell'istituto rispondono soltanto quelli *sub d*. — 132. Inconveniente del cumulo dei ricorsi che deriverebbe prevedibilmente dalla unificazione; rimedî proposti: *a*) per aumentare la potenzialità di decisione dell'organo giudicante; *b*) per diminuire il numero dei ricorsi. — 133. *B*) *Giurisdizione di diritto*: *a*) *Errores in iudicando*: necessità di precisare la limitazione del riesame della Cassazione ai soli errori di diritto. — 134. *b*) *Errores in procedendo*. Necessità di escluderli totalmente dal riesame della Corte di cassazione, quando non siano conseguenza di una erronea interpretazione di legge processuale. — 135. *C*) *Giurisdizione negativa*. Proposte di riforma: *a*) nel senso di dare alla Corte di cassazione potere di applicare direttamente il diritto al fatto; *b*) nel senso di vincolare fin dal primo rinvio il nuovo giudice di merito all'opinione giuridica espressa dalla Cassazione. — 136. Quale dei due sistemi sia più adatto: se sarebbe opportuno trasformare il ricorso in cassazione in un mezzo di gravame, sul tipo germanico. — 137. Conclusioni.

128. — Non intendo pormi qui il problema, se sia utile *in iure condendo* mantenere al sommo della gerarchia giudiziaria un organo di cassazione. Questo è infatti, in primo luogo, un problema antico che più volte, da quando l'Italia è stata riunita a nazione, si è periodicamente ripresentato all'arringo parlamentare e ai dibattiti dottrinarî, senza che la disputa tra i fautori della Cassazione e quelli della Terza istanza, tra i quali, nell'uno e

nell'altro campo, i più chiari ingegni d'Italia sono scesi a esprimere il loro avviso, sia riuscita a avvicinare di un punto le due opinioni in lizza: né sarebbe proficuo perdersi qui a riassumere lungamente le argomentazioni scambiate tra gli avversarî, le quali, meglio che una diversità di conclusioni, dimostrano una diversità di premesse che nessuna discussione mai riuscirà a conciliare (1).

---

(1) La letteratura su questo eterno problema del nostro ordinamento giudiziario (*Cassazione unica o Terza istanza? Cassazione unica o plurima?*) è ricchissima, se pure non molto variata. Mi limito qui a citare alcuni tra gli scritti in materia, per ordine cronologico, indicando soltanto il nome degli autori, e rinviando per più precise notizie bibliografiche, alla « Letteratura » premessa a questo volume.

Un primo gruppo di scritti appartiene al periodo dell'unificazione, quando le curie sorsero a difendere la Terza istanza in diverse parti d'Italia (Sala e Sandonini a Modena, 1860-1861; Giuriati a Torino, 1861; Costi, 1862 e Carcano, 1866, 1867, 1872 a Milano; Pigli a Firenze, 1869; Raffaelli a Napoli, 1869 [notevoli gli scritti del Sala per ricchezza di raffronti storici, e quelli del Carcano per la violenza con cui il sistema della Cassazione è attaccato perfino come contrario allo Statuto]. Appartengono a questo periodo anche il celebre scritto del Pisanelli a difesa della Cassazione, che fu poi pubblicato soltanto nel 1875; e scritti del Manganini, 1866; e del Paoli, 1868-1869, a favore di questo sistema. Un rifiorire di scritti sull'argomento si ebbe nel periodo 1871-72: Arabia [a favore della Cassazione: studio serio ed acuto], De Jardins e Mari [Relatori al primo congresso giuridico: a favore di un sistema misto]; Caruso [autore di un Progetto: oltre, n. 130]; Romanis [a favore del terzo grado]; Bonacci, Borgatti, De Falco, Mirabelli, Musio [discorsi pronunciati in Senato e divulgati poi in opuscoli: quelli di Borgatti e di Musio contrarî, gli altri favorevoli alla Cassazione]: a questi seguì una serie di trattazioni per lo più a favore di un sistema intermedio che cumulasse la Terza istanza regionale colla Cassazione unica, sfornite per solito di serio valore scientifico: Deodati, 1878 [per la Cassazione unica]; Franceschini, 1877 e 1889; Giuliani, 1879 [a favore della Cassazione unica]; Marinuzzi, 1879; Musso, 1884. Scritti notevoli nel periodo 1892-1893: specialmente quelli dello Spera [che sviluppa in modo convincente le ragioni politiche della necessità di unificare la Cassazione]; del Calenda [a favore della Cassazione unica]; e dell'Orlando [il più insigne e il più brillante sostenitore della pluralità delle Corti di cassazione]; è di questi anni anche uno scritto dello Scalamandrè [sostiene la fusione della Terza istanza colla Cassazione, ma a rovescio: Cassazioni regionali, Terza istanza unica, come suprema Corte di rinvio] e il ragguardevole *Progetto* di riforma elaborato dal Circolo Giur. di Palermo (oltre, n. 130). Seguono gli scritti del Maltini, 1895 e del Granata, 1896 [a favore di un riordinamento generale del nostro sistema giudiziario: Cassazione unica, e introduzione della giuria nei gradi inferiori!].

Il *Progetto* Zanardelli suscitò nuove discussioni sulla opportunità di ritornare alla terza istanza: Gabba (B) e Lessona, 1903; Tentoni, 1904. Nel 1904 comparve uno scritto fondamentale del Mortara che, riassumendo le idee già esposte nei suoi lavori di indole generale, dimostrò in modo inconfutabile la necessità di unificare le Corti di cassazione; e all'opinione da lui espressa in questo e in scritti successivi (1906-1917) fecero eco il Fadda, 1904 e il Quarta,

Questo è, inoltre, un problema non di scienza, ma di politica giudiziaria: poiché alla sua soluzione non si può giungere col rintracciare, per via di studio e di deduzioni logiche, delle verità che siano già contenute nel nostro diritto positivo, ma solo col valutare complessivi criterî di opportunità, di fronte ai quali, se ogni più inetto può per suo conto sbizzarrirsi a costruire castelli in aria in atteggiamento di legislatore, deve con miglior frutto cimentarsi chi sia fornito non solo di cognizioni teoriche, ma anche di quella matura esperienza pratica che deriva sopratutto dall'avere appartenuto alla suprema magistratura giudicante.

Certamente, se alcuno volesse affrontare anche questo problema di politica giudiziaria sul quale io sorvolo, tutti gli argomenti che si possono trarre da una indagine serena e spassionata lo porterebbero a concludere in favore della utilità della Cassazione: è stato infatti autorevolmente notato (2) che non è esatto impostare il problema sul dilemma: « o Cassazione o Terza istanza », poiché la Terza istanza non rappresenta un istituto parallelo e antitetico a quello della Cassazione, ma un sistema che per essere giudicato nel suo vero valore dev'essere posto a confronto con quello del doppio grado (retro, n. 222); se ora, ponendo così nei suoi veri termini la questione, si dovesse riconoscere che il sistema della Terza istanza è assolutamente inconciliabile con l'aspirazione, sempre più diffusa negli Stati moderni, a semplificare la giustizia e a diminuire la quantità degli organi giudiziarî a vantaggio della

---

1909 (sul progetto ORLANDO: cfr. anche LESSONA, 1909). Qualche accenno del Ministro FINOCCHIARO-APRILE a favore della Terza istanza, dette luogo a nuovi scritti sulla conciliazione tra Terza istanza e Cassazione: GALDI, 1911; JODICE, 1912; STOLFI [due scritti, 1912 e 1914, il primo dei quali è una delle trattazioni più interessanti e più notevoli sull'argomento]; favorevole alla Cassazione unica, con sezioni distaccate, si dichiarò per ultimo il LUCCHINI (1918). Questa è soltanto una parte della cospicua letteratura, che dev'esser completata colle trattazioni in materia, contenute nelle opere di diritto giudiziario (notevoli, a favore della Cassazione unica, PESCATORE e MATTIROLO) e colle relazioni parlamentari presentate in occasione dei Progetti di riforma (da ricordare specialmente la *Relazione* COSTA); per gli scritti anteriori all'unificazione, cfr. vol. I, nelle note al n. 271.

Per altre indicazioni cfr. le notizie bibliografiche nelle trattazioni del GARGIULO, pag. 414; del CABERLOTTO, pag. 32; del VENZI, pag. 166; e il volume riassuntivo del CAVALLERI. Sulla riforma della Cassazione, cfr. anche DEGNI, *Interpretazione*, n. 57; FERRONE, *Processo civile*, pag. 35 e segg., CAO, *Per la riforma del proc. civ. in Italia* (Cagliari, 1912).

(2) MORTARA, *Comm.*, I, n. 69. Cfr. anche PISANELLI, *Della Corte di cassazione*, pag. 96: « La Terza istanza è stata ingoiata dal giudice di appello, non dalla Corte di cassazione ».

loro qualità (v'è chi prevede persino una graduale sparizione del secondo grado, che andrà di pari passo coll'aumentare nel giudice di primo grado delle garanzie di cultura e di indipendenza) (3), il problema della utilità della Cassazione, *purificato da ogni considerazione desunta dall'interesse dei litiganti* ed esaminato in relazione a un interesse pubblico assolutamente distinto da quello cui risponde il doppio grado di organi giurisdizionali inferiori, si avvierebbe certamente verso la soluzione affermativa. Ma, per giungere a questa conclusione, l'indagine dovrebbe essere, come ho detto, serena e spassionata, il che, in questa materia, non sembra molto facile ad ottenere; purtroppo, infatti, nella disputa non ancora sedata tra i fautori della Cassazione e quelli della Terza istanza, qualora si tenti contrapporre alle ragioni avanzate da questi ultimi degli argomenti scientificamente obiettivi, si rischia di passar da ingenui, poiché nessun argomento scientifico ha tanta forza da convincere coloro che hanno un interesse personale, politico o professionale, a non lasciarsi convincere. Onde spesso m'è avvenuto di pensare che, se a difesa della Cassazione si volesse entrare nel dibattito con metodi polemici *realistici*, sarebbe interessante e proficuo fare una statistica personale di coloro che hanno combattuto per ristabilire la Terza istanza o almeno per mantenere in vita l'attuale ibrido sistema delle Corti regionali che non ha nulla a che vedere colla vera Cassazione: son certo che la statistica dimostrerebbe che una gran maggioranza di questi spassionati campioni è costitutita da avvocati patrocinanti presso le Corti regionali, da giudici che dalla unificazione delle Corti di cassazione vedrebbero ritardata la loro carriera, da uomini politici i quali consentono, pur di avere il voto, a farsi paladini di interessi locali anche se questi siano in perfetto antagonismo coll'interesse dell'intera Nazione (4).

Senonché, come ho già avvertito, il problema che qui intendo pormi è ben altro: partendo infatti dal considerare due dati di fatto positivi, quali sono da una parte la esistenza nell'ordinamento giudiziario oggi vigente di un istituto che ha lo scopo di mantenere

---

(3) MORTARA, *Comm.*, II, n. 13; LUCCHINI, *Discorso 5 gennaio 1918*, pag. 16.

(4) A Palermo si è sentito perfino il bisogno di creare un Comitato permanente (!) contro la unificazione della Cassazione civile: esso risulta costituito nel 1893 (si desume dalla copertina dell'opuscolo: ORLANDO, *Sulla unificazione della Cassazione civile*, Palermo, 1893); ma non so se continui tuttora a... sedere in permanenza. È stato d'altra parte notato dal FADDA (in « Riv. prat. di dottrina e giur. », II, 858) che « spesso le stesse persone che hanno scientificamente sostenuto una riforma, l'hanno avversata in Parlamento per obbedire agli interessi regionali ».

l'esatta interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo, e dall'altra la già dimostrata inettitudine delle disposizioni che lo regolano a raggiungere lo scopo suddetto, si domanda quali modificazioni è necessario introdurre nel nostro ordinamento per ottenere che l'istituto della Cassazione serva allo scopo per cui è stato in origine istituito. Per rispondere a questo quesito non occorre addentrarsi in valutazioni di opportunità *de iure condendo*, ma basta trarre le conseguenze logiche delle osservazioni che già abbiamo fatto *de iure condito*, paragonando tra loro le diverse disposizioni che regolano la Cassazione in Italia e svelandone le inconciliabili contraddizioni: il problema, dunque, non è politico, ma strettamente giuridico, poiché non tende a prendere in esame la convenienza di abolire un istituto che esiste oggidì nel nostro diritto o di accoglierne uno nuovo che non vi esista ancora, ma solo tende a ottenere praticamente che un istituto già esistente di nome nel nostro diritto cominci ad esistervi anche di fatto, a trasformare in concreta realtà ciò che finora è stato una idea astratta confinata nei Codici. Non credo pertanto di uscire dal compito che mi sono imposto in questo volume, se, a conclusione della ricostruzione dogmatica dell'istituto svolta nei precedenti capitoli, mi soffermo in queste ultime pagine a passare in rassegna le principali riforme attraverso le quali l'istituto stesso potrebbe esser messo in armonia colle sue finalità: e come intorno a tre punti principali ho raggruppato (retro, capit. XII) le più evidenti discordanze che l'organizzazione della Cassazione italiana presenta tra i suoi fini teorici e il suo pratico funzionamento, così parallelamente esaminerò in relazione a questi tre punti il contenuto delle proposte di riforma che in un cinquantennio di vita nazionale sono state avanzate per eliminare tali discordanze, non solo in Progetti parlamentari di cui già detti l'elenco cronologico (vol. I, n. 271) ma anche nei più notevoli Progetti elaborati dalla dottrina fuori del Parlamento.

129. — La breve disamina che segue è necessariamente limitata a quelle proposte di riforma che, mantenendo invariato lo scopo che la Corte di cassazione ha attualmente nel nostro ordinamento giudiziario, mirano soltanto a renderne più agevole la pratica attuazione; non si ferma perciò a discutere tutte le altre proposte che tendono ad alterare lo scopo istituzionale della Cassazione, trasformando la sua funzione, da meramente giudiziaria qual'è nel nostro diritto, in legislativa, radicalmente sopprimendo la natura caratteristica dell'istituto, nella quale tutto questo mio Studio è imperniato. A titolo di mera curiosità dottrinaria mi li-

mito quindi a menzionare, senza discuterle, le più interessanti tra queste proposte di riforma radicale della Cassazione, pur ritenendo che dal punto di vista pratico il loro valore sia più che dubbio.

a) Si è osservato a suo tempo la efficacia positiva che le interpretazioni del diritto obiettivo formulate dalla Corte di cassazione possono esercitare sulla giurisprudenza anche all'infuori del singolo processo in occasione del quale sono state pronunciate, è una efficacia meramente di fatto, la quale non si può in alcun modo scambiare colla forza di legge di fronte a tutti i casi futuri che è proprio della interpretazione autentica (retro, n. 36): tuttavia, fin dagli anni immediatamente seguenti alla fondazione della Cassazione in Francia, è sembrato a qualche scrittore (5) che essa avrebbe potuto assai più efficacemente far sentire il suo influsso regolatore sulla giurisprudenza, se alle sue decisioni fosse stata attribuita l'autorità di una vera e propria interpretazione legislativa: e recentemente RAOUL DE LA GRASSERIE (6) ha ripreso l'idea e ne ha con vigore sostenuto l'attuabilità, proponendo non solo che le decisioni rese dalla Corte di cassazione in occasione di un ricorso relativo a una concreta controversia siano considerate come leggi interpretative, ma addirittura (7) che alla Corte di cassazione sia attribuito l'ufficio, specialmente utile nei periodi seguenti all'andata in vigore di una legge nuova, di dichiarare in astratto su richiesta del pubblico ministero o di un gruppo di cittadini, il significato delle norme giuridiche emesse dal potere legislativo che presentino o qualche ambiguità o qualche lacuna. Un concetto analogo, già attuato in Toscana dagli art. 160-162 del Motuproprio 6 agosto 1838 per le dichiarazioni emesse dalla Corte di cassazione dietro ricorso del P. M. nell'interesse della legge (vol. I, n. 264, 2), fu un tempo affacciato anche in Italia, dove la Commissione nominata nel 1883 dal Guardasigilli GIANNUZZI-SAVELLI (volume I, n. 271 *n*) propose che le Corti di cassazione regionali fossero trasformate in Corti di terza istanza, e che contro le loro sentenze fosse ammesso soltanto un ricorso nell'interesse della legge presentato dal pubblico ministero e destinato a provocare da parte della Suprema Corte di giustizia residente in Roma, una interpretazione *autentica* sul punto di diritto controverso; e di recente in Germania (dove sono cause di lagnanza lo scarso uso che si fa in

(5) MARCADÉ, *Explication théor. et prat. du Code Napoleon*, n. 92, pag. 66 (5ª ed., Paris, 1855); cfr. anche FEUERBACH, *Betrachtungen*, II, 118-119; GERAU, *Bemerkungen*, pag. 51-52.

(6) *Cassation*, cap. IX: *De l'arrêt transformé en loi interprétative.*

(7) *Ib.*, cap. XI, *De la cassation interprétative abstraite.*

pratica del *Plenum* regolato dal § 137 *GVG*, e quindi la sua scarsa idoneità ad unificare la giurisprudenza civile e penale; la mancanza di un organo supremo, che metta in armonia la giurisprudenza civile e penale, culminante nel *Reichsgericht* colla giurisprudenza amministrativa; la inettitudine degli ordinarî organi legislativi ad avvertire prontamente le tendenze e i bisogni della coscienza giuridica nazionale e a trasformarli senza indugio in articoli di legge) si è lungamente discusso sulla convenienza di dare alle decisioni del *Reichsgericht* la forza di precedenti obbligatorî per tutti i giudizî futuri (8); o di autorizzare lo stesso *Reichsgericht* a risolvere in astratto questioni di diritto proposte dal Cancelliere dell'Impero (9); o di trasformare radicalmente, specialmente nel campo del diritto privato e del diritto processuale, la tecnica legislativa, nel senso che il legislatore si limiti a porre dei principii fondamentali, destinati ad essere poi sviluppati da un organo che più del legislatore sia in contatto colla vita nazionale (10); o, infine, di creare al disopra del *Reichsgericht* un organo destinato esclusivamente a interpretare in modo obbligatorio le norme legislative, a qualunque campo del diritto esse appartengano (Corte di interpretazione: *Auslegungsgerichtshof*) (11).

Sulla opportunità di togliere alla nostra Corte di cassazione il carattere schiettamente giudiziario ch'essa attualmente riveste, e di attribuirle una frazione del potere legislativo, sia pur non esteso alla creazione di norme nuove, perché limitato alla interpretazione obbligatoria di norme già esistenti, non è il caso, come ho già avvertito, di discutere qui: si può però osservare che anche la Cassazione nettamente giudiziaria com'è attualmente, pur evitando ogni cumulo di funzioni giurisdizionali e legislative che presenta sempre dei gravi pericoli, ha di fatto, per far prevalere la interpretazione giuridica ch'essa reputa migliore, gli stessi poteri che avrebbe se alle sue decisioni fosse data l'autorità di leggi

---

(8) FISCHER, *Ueber Rechtsfindung und Staatsverfassung* (in « Allg. österr. Gerichtszeit., LX [1909], pag. 236 e segg.).

(9) KRÜCKMANN, *Das Siebenmännermonopol* (in « Bay. Zeit. », IV, [1908], pag. 425).

(10) Cfr. specialmente gli scritti di KOHLER, in « Rhein. Z. », III, 12, e in « A. R. W. Ph. », IV, 382.

(11) Questa idea è stata sostenuta specialmente dallo ZEILER, *Von den responsa prudentium zum Auslegunsgerichtshof* (in « Rhein. Z. » IV, 367), nel quale esso riassume i concetti di due suoi scritti precedenti sullo stesso argomento, e tutta la letteratura in materia. Cfr. anche BIERLING, in « A. R. W. Ph. », VI, 158. Cfr. vol. I, nota 3 a pag. 643 [ora nel vol. VI delle *Opere*, nota 124 a pag. 588].

interpretative: infatti, anche in questo secondo caso, i giudici di merito potrebbero sempre, in pratica, contravvenire alle interpretazioni autentiche pronunciate dalla Cassazione, nello stesso modo in cui contravvengono ora alla legge emanata dal legislatore; come, d'altra parte, la Corte di cassazione, qualora si trovasse di fronte a una sentenza di un giudice di merito che avesse violato una interpretazione autentica da essa precedentemente emanata, non potrebbe far altro che annullarla, nello stesso modo in cui può annullare oggidì per « violazione o falsa applicazione di legge » una sentenza che risolva la questione di diritto in modo non conforme alla opinione già altra volta manifestata dalla Corte di cassazione sull'argomento (retro, n. 46).

b) Si è già avuto occasione di notare (retro, n. 40), che nel lavoro di interpretazione giurisprudenziale proprio della Corte di cassazione hanno modo di essere messi in evidenza più che presso ogni altro organo giudiziario quei caratteri che sono in sostanza comuni alla giurisprudenza di tutti i tribunali; specialmente in Francia si pensa comunemente che quell'opera di lento adattamento del diritto obiettivo alle nuove esigenze sociali, che in realtà scaturisce dalla più o meno palese cooperazione di tutti gli organi giudiziarî, sia compiuta esclusivamente dalla Corte di cassazione, onde si ritiene che essa si sia ormai tacitamente assunto il potere di integrare e perfino di correggere il diritto obiettivo, trasformandosi, secondo una locuzione che richiama il potere *supplendi* e *corrigendi iuris civilis* dell'antico *Praetor* romano, in *Cassation prétorienne* (12). In considerazione di questa funzione pretoria, che già la Corte di cassazione eserciterebbe di fatto, distinguendosi per essa da tutti gli altri organi giudiziarî strettamente tenuti ad osservare la legge, qualcuno propose (13) di riconoscere costituzionalmente alla Cassazione i poteri di una « Corte di equità », autorizzata a giudicare senza attenersi strettamente alla legge, tutte le volte in cui speciali circostanze inerenti alla singola fattispecie lo consiglino; altri, in seguito, è andato anche più in là (14), poiché ha addirittura proposto, applicando alla Cassazione quelle teorie diffuse in Francia e in Germania che tendono a fare del giudice un creatore di diritto, che alla Corte di cassazione si riconosca il potere non solo di giudicare secondo equità, *extra* e magari *contra legem*, le fattispecie singole, ma anche di formulare in modo per

(12) Cfr. GRASSERIE, *Cassation*, cap. XII.

(13) Cfr. D'EYRAUD, *Administration de la justice*, tutto il cap. XXV e specialmente pag. 359; cfr. anche LOCRÉ, *Législation civile* (Bruxelles, 1836), I, pag. 280.

(14) GRASSERIE, l. cit.

tutti obbligatorio dei principii giuridici astratti che, in aggiunta o anche in opposizione al diritto codificato corrispondano alla coscienza giuridica del tempo. Qui dunque, la trasformazione della Corte di cassazione in organo legislativo sarebbe anche più assoluta: poiché non si limiterebbe, come avverrebbe per le proposte *sub a,* ad affidarle la interpretazione autentica di norme già esistenti, ma addirittura le attribuirebbe il potere di creare norme giuridiche nuove, in concorrenza cogli organi legislativi!

c) Né qui si fermano le proposte che, se potessero essere attuate, farebbero uscire la Corte di cassazione dall'orbita del potere giudiziario in cui essa è attualmente contenuta: è stata infatti anche ventilata l'opportunità (15) di sviluppare da noi un'istituzione attuata nell'ordinamento pubblico degli Stati Uniti d'America (vol. I, n. 243) (16), attribuendo alla Corte di cassazione l'ufficio di controllare gli atti degli organi esecutivi e legislativi (*Cour de contrôle politique*), colla facoltà di annullare le leggi contrarie alla Costituzione e perfino quelle contrarie « ai diritti naturali ».

Non credo che ci sia bisogno di dimostrare come sarebbe perfettamente estraneo ai fini del mio lavoro varcare i limiti di una semplice menzione su queste e su altre analoghe proposte la cui attuazione, meglio che riformare, distruggerebbe l'istituto che qui si studia: basti, pertanto, avervi brevemente accennato (17).

130. — A) *Unicità o pluralità delle Corti di cassazione* [cfr. retro, nn. 117-119]. Si è visto come la risoluzione del problema relativo al modo di conseguire la unicità della Corte di cassazione sia di importanza capitale per il proficuo funzionamento del nostro istituto; anzi si può dire che il problema della unicità si identifichi col problema della utilità della Cassazione: poiché, mentre i fautori di questo istituto sono concordi nel ritenere che in tanto la Cassazione è utile e merita di esser mantenuta in quanto sia unificata, gli oppositori sono sopratutto nemici della Cassazione unica, mentre, finché la attuale pluralità delle Corti lascia intatte le diverse sfere di interessi regionali, è per essi in sostanza indifferente che le Corti regionali funzionino secondo il sistema della Cassazione o secondo il sistema della Terza istanza. Anche i lunghi dibattiti tra i fautori della Terza istanza e quelli della Cassazione che si sono svolti nei primi decennî della nostra vita nazionale,

(15) Grasserie, *Cassation,* cap. XIV: *De la cassation constitutionelle,* pag. 88-89.

(16) Cfr. però in che limiti in Arangio Ruiz, *Ist. dir. cost.,* n. 696.

(17) Su queste proposte cfr. Stolfi, *La riforma della Corte di cass.,* n. 6.

erano, in sostanza, imperniati tutti su questa considerazione: si combatteva la Cassazione perché si temeva che essa avrebbe logicamente portato alla soppressione degli organi giudiziarî regionali; si propugnava la Terza istanza, perché si credeva che essa avrebbe permesso il mantenimento degli organi stessi. Oggi lo stesso dibattito si riproduce tra fautori della pluralità delle Corti di cassazione e fautori della Cassazione unica; l'oggetto del dissenso sembra mutato nel nome, ma in realtà la sostanza del dissidio resta la stessa: poiché i più strenui sostenitori della Cassazione plurima sono ancora coloro che temono di vedere dal trionfo della Cassazione unica disseccate le fonti di lucro professionale costituite attualmente nei centri regionali dalle Corti di cassazione civili. I fautori delle più opposte tendenze si sono del resto sempre trovati d'accordo su un punto: sulla necessità, cioè, di riformare l'attuale ordinamento delle Corti di cassazione, che ha tuttora, come sappiamo (vol. I, n. 271) carattere di provvisorietà; guardiamo ora di cogliere, attraverso i varî Progetti di riforma di cui già fu dato un elenco cronologico (vol. I, n. 271), le principali tendenze che si sono manifestate in relazione al problema della unicità o pluralità delle Corti di cassazione.

a) Tendenza radicale a favore della pluralità delle Corti di cassazione: fu incarnata dal Progetto Orlando (vol. I, n. 271 *u*), il quale, partendo dal concetto che la uniformità della giurisprudenza sia una utopia in pratica irraggiungibile (18), mirava a rendere definitivo il sistema attuale delle Corti regionali, abolendo il giudizio a Sezioni unite e con esso quel primo tentativo di unificazione che è costituito nel sistema odierno dal ricorso « per gli stessi motivi » alla Corte di cassazione di Roma, che, in materia civile, veniva così ristabilita in condizione di assoluta parità di fronte alle altre Corti regionali (19).

b) Tendenza intermedia a favore della pluralità delle Corti di cassazione, integrate da istituti complementari destinati ad assicurare la uniformità della interpretazione giurisprudenziale: questa tendenza è seguìta con diverse modalità dai seguenti Progetti (retro, n. 43):

α) Progetto pubblicato nel 1892 dal Circolo giuridico di

---

(18) Cfr. Orlando, *Sulla unificazione della Cass. civile*, pag. 8 e segg.

(19) Il Progetto tuttavia stabiliva nell'art. 21 che il ministro, a intervalli non minori di tre anni, potesse convocare i capi delle Corti di cassazione perché dessero il loro parere sulle questioni non concordemente risolute nella giurisprudenza, parere da pubblicarsi nella « Gazzetta Ufficiale » e nel « Bollettino del Min. ». Sulla dubbia efficacia di questo sistema cfr. De Palo, in « R. d. co. », 1909, I, 701.

Palermo (20): istituiva nella capitale del regno per mantenere la esatta osservanza delle leggi (art. 1) una Suprema Corte di Giustizia, la cui unicità era puramente nominale, perché era poi disposto (art. 3) che la Corte si dividesse in dieci sezioni, cinque penali e cinque civili, riunite a due a due nelle attuali sedi regionali. Il ricorso per cassazione doveva essere presentato alla Sezione regionale; e solamente quando la decisione della Sezione resultasse contraria ad una precedente decisione della Sezione medesima o di un'altra Sezione regionale sul medesimo punto di diritto, era ammesso il « richiamo » della parte (art. 11) o del P. M. nell'interesse della legge (art. 14) alle Sezioni unite le quali nel maggio e nel novembre di ogni anno si dovevano costituire in Roma, col concorso di tre delegati di ogni Sezione regionale (art. 3). Erano lasciate alla cognizione esclusiva della Sezione di Roma le materie regolate dalle Leggi 12 dic. 1875 art. 3, e 31 marzo 1877 (art. 6). In sostanza questo Progetto non differiva profondamente, in materia civile, dal sistema attuale: ma opportunamente coordinava allo scopo di mantenere l'uniformità della giurisprudenza (cfr. retro, n. 119) (21) l'istituto del richiamo alle Sezioni unite.

β) Progetto inedito preparato nel 1900 dal Ministro Gianturco colla collaborazione del Prof. Lessona (vol. I, nota 2 a pag. 752) [ora nel vol. VI delle *Opere*, nota 53 a pag. 684]: seguiva anch'esso il concetto di dichiarare la Corte di cassazione teoricamente unica, ma divisa in cinque Sezioni regionali, contro la decisione delle quali era ammesso il ricorso alle Sezioni unite (costituite periodicamente in Roma da sette membri della Sezione romana e da due membri di ciascuna altra Sezione regionale) soltanto quando la decisione fosse contraria ad altra resa precedentemente da un'altra o dalla stessa Sezione sullo stesso punto di diritto, mentre non era ammesso il ricorso contro una sentenza conforme a una decisione delle Sezioni unite (22). Anche questo

---

(20) Circolo Giuridico di Palermo, *Studio per un Progetto di costituzione della suprema magistratura del Regno* (Palermo, 1892).

(21) A questo scopo era anche prescritto che in ogni decisione della Corte suprema fosse chiaramente formulato nel dispositivo il punto di diritto deciso (art. 9); che non fosse ammesso il richiamo contro una decisione conforme ad altra delle Sezioni unite se non quando posteriormente fosse stata pronunciata una decisione difforme da una Sezione qualunque della Corte suprema (art. 10); che alle decisioni della Corte suprema fosse data estesa pubblicità colla inserzione ufficiale in un *Bollettino giudiziario*, edito dalla Cancelleria della stessa Corte (art. 15).

(22) Cfr. Lessona, *La réforme judiciaire en Italie* (« Rev. trim. », II [1903], 345), pag. 351.

Progetto rappresentava un progresso sul sistema attuale solamente in quanto meglio garantiva, pur lasciando sussistere in sostanza la pluralità delle Corti di cassazione, il mantenimento di una uniforme giurisprudenza.

γ) Progetto GALLO presentato alla Camera il 27 nov. 1906 (vol. I, n. 271 *t*): non rappresentava nessun progresso verso il mantenimento della uniformità della giurisprudenza, perché, pur dichiarando, come i due precedenti, che « la Corte di cassazione è unica anche in materia civile con sede principale in Roma ed è divisa in sezioni che, oltre quelle di Roma, hanno sede in Firenze, Napoli, Palermo e Torino » (art. 42) conservava immutato il ricorso alle Sezioni unite « per gli stessi motivi » come esiste attualmente, il quale, come già si è detto (retro, n. 119) è uno strumento assolutamente inadeguato allo scopo fondamentale della Cassazione.

c) Tendenza intermedia a favore delle Corti regionali di Terza istanza integrate da una Corte di cassazione unica o da altro istituto destinato ad assicurare la uniformità della interpretazione giurisprudenziale: questo sistema, che trovava un precedente interessante nel Decreto 22 luglio 1802 *sulla organizzazione e giurisdizione de' Tribunali* della Repubblica Italiana (vol. I, n. 249), fu adottato dai seguenti Progetti:

α) Progetto sul riordinamento giudiziario del Regno presentato nel 1861 dalla Commissione nominata dal Ministro CASSINIS (vol. I, n. 271 *e*): istituiva sei « Corti supreme di giustizia » regionali, e al disopra di esse un « Corpo giudiziario centrale destinato a mantenere l'unità della giurisprudenza di tutto il Regno ».

β) Progetto elaborato dal Congresso giuridico tenuto in Roma nel 1872 (23): proponeva che al posto delle Corti di cassazione regionali fossero istituite delle Corti di terza istanza funzionanti col sistema della doppia conforme, e che al disopra di esse esistesse in Roma una Corte Suprema di Giustizia, alla quale si potesse ricorrere soltanto per manifesta violazione di legge.

γ) Progetto per l'ordinamento della suprema magistratura del Regno pubblicato nel 1873 a Palermo dall'avv. CARUSO (24): proponeva che al posto delle attuali Corti di cassazione regionali

---

(23) *Atti del primo Congresso giuridico tenuto in Roma* (Roma, 1872). Sulla VII Tesi: *Relazione* DE JARDINS, pag. 133 e segg.; e *Relazione* MARI, § II, pag. 211 e segg.

(24) CARUSO, *Della suprema magistratura del Regno*, discorso letto il 6 aprile 1872 (Palermo, 1872); ID., *Progetto di legge per l'ordinamento della suprema magistratura del Regno* (Palermo, 1873). Recensione favorevole al primo scritto: CARCANO G., *La Cassazione e lo Statuto*, in « Mon. trib. », Milano, 1872.

fossero istituite delle Corti supreme di revisione, con cognizione piena di terza istanza; e che al disopra di esse si istituisse in Roma un' « Alta Corte », la quale non sarebbe stata un organo giurisdizionale poiché doveva avere l'ufficio di « esaminare in linea giuridica le questioni di diritto risolute dalle Corti supreme di revisione e dalle Corti d'appello, ad oggetto di promuovere, occorrendo, la correzione delle leggi, e avviare i magistrati alla uniformità della giurisprudenza per quanto è possibile ». Ai lavori dell'Alta Corte dovevano essere completamente estranee le parti: essa, in base a un rapporto trasmesso ogni anno da ciascuna Corte di revisione, doveva riferire al Guardasigilli proponendo le opportune correzioni o interpretazioni autentiche alle leggi, ed esprimere il suo parere sui punti di diritto controversi.

δ) Progetto presentato nel 1885 dalla Commissione nominata dal Min. GIANNUZZI SAVELLI (vol. I, n. 271 *u*): proponeva che le Corti di cassazione regionali fossero sostituite da tribunali di terza istanza, e che in Roma, al di sopra del tribunale regionale di terza istanza, fosse istituita una Corte Suprema di Giustizia che, in materia civile, aveva l'ufficio di decidere, sul ricorso del P. M. nell'interesse della legge, le questioni giuridiche dubbie con forza di interpretazione autentica (retro, n. 129 *a*).

ε) Progetto ZANARDELLI-COCCO ORTU, 12 febbraio 1903 (vol. I, n. 271 *r*): al disopra delle Corti regionali di revisione, organi di terza istanza (art. 17-20), conservava in Roma la Corte di cassazione unica per tutto lo Stato (art. 21-24) (25).

d) Tendenza radicale a favore della Cassazione unica: è stata seguìta da una serie di Progetti che poco l'uno dall'altro differiscono, poichè è comune a tutti la proposta di abolire le Corti di cassazione regionali senza sostituirle con organi di altra natura e di istituire nella Capitale del Regno una Corte di cassazione unica per tutto lo Stato, posta immediatamente al disopra del doppio grado di organi giudiziarî di merito: mi limito pertanto a ricordare i Progetti, rinviando per maggiori schiarimenti alla Parte storica:

---

(25) Anche il Ministro G. S. FINOCCHIARO-APRILE, nel discorso tenuto al Senato il 13 marzo 1912, rispondendo ad un ordine del giorno dell'Ufficio centrale che invitava il Governo a provvedere per la completa unificazione della Corte di cassazione, espresse la sua intenzione, che le vicende parlamentari non gli permisero poi di tradurre in atto, di proporre una riforma che, unificando a Roma la Cassazione riservata alle questioni di puro diritto, conservasse delle Corti di terza istanza nei capoluoghi regionali (Discussioni del Senato, Legislatura XXIII, Sess. 1909-12, vol. X, pag. 7309).

α) Progetto MIGLIETTI, 1862 (vol. I, n. 271 *b*);
β) Progetto DE FILIPPO, 1868 (vol. I, n. 271 *f*);
γ) Progetto RAELI, 1870 (vol. I, n. 271 *g*);
δ) Progetto DE FALCO, 1872 (vol. I, n. 271 *h*);
ε) Progetto VIGLIANI, 1875 (vol. I, n. 271 *l*);
η) Progetti TAIANI, 1879-1885 (vol. I, n. 271 *o*);
ϑ) Progetto MORTARA, 6 dicembre 1919 (26).

131. — Fra le quattro tendenze, delle quali mi è sembrato trovar traccia nelle proposte finora apparse in Italia per la soluzione del problema, credo che debba subito esser messa fuori di discussione la prima, seguìta dal solo Progetto ORLANDO (retro, n. 130, *sub a*), poiché essa, più che negare la necessità di unificare la Corte di cassazione, nega addirittura l'utilità di conservare qualunque forma di Cassazione, giacché muove dalla implicita premessa che non sia né proficuo, né possibile conservare nello Stato la uniformità della interpretazione giurisprudenziale (27). Ho già detto (retro, n. 128) che io non intendo discutere la fondatezza di questa premessa, poiché discuterla significherebbe rimettere in forse la ragione d'essere di tutto l'istituto e affrontare così un problema di politica, non di scienza; noto peraltro che il progetto ORLANDO pecca di inconseguenza, quando, dopo aver posto la premessa, giusta o ingiusta che sia, che non vale unificare le Corti di cassazione perché il mantenimento di una uniforme giurisprudenza è un'utopia, lascia poi in vita nelle cinque Corti di cassazione cinque organi giudiziarî la cui competenza e il cui modo di funzionare, così diversi da quello degli organi giudiziari di merito, non trovano giustificazione razionale se non quando essi si intendano appunto destinati a raggiungere proprio quello scopo che il Progetto ritiene utopistico. Si è già dimostrato — e su questo non

(26) Mentre finisco di rivedere le bozze di stampa di questo II volume si annunzia che l'attuale Ministro della Giustizia LODOVICO MORTARA ha presentato alla Camera un disegno di legge per la riforma giudiziaria (*Atti della Camera*, Leg. XXV, Sess. 1919, Doc. n. 92), il quale, nel suo art. 8, dispone che « la Corte di cassazione di Roma avrà giurisdizione piena in tutto il territorio dello Stato ». Auguriamoci che questo disegno possa trionfare di tutte le non disinteressate opposizioni, poiché nessuno più di LODOVICO MORTARA è degno, per il suo insigne valore di giureconsulto, per la sua illuminata esperienza di magistrato e per tutta la lunga preparazione scientifica e pratica, di cui questa proposta è la coerente conclusione, di dare all'Italia un ordinamento giudiziario che sia pari alla nostra tradizione giuridica.

(27) Per le idee del Ministro proponente su questo punto, cfr., meglio che la *Relazione* premessa al Progetto, il suo scritto *Sulla unificazione della Cassazione civile*, Conferenza tenuta il 19 marzo 1893 (Palermo, 1893).

credo che possano esservi obiezioni da nessuna parte — che la limitazione del riesame delle Corti di cassazione regionale alle sole questioni di diritto non avrebbe alcuna ragione d'essere qualora si tenesse presente soltanto l'interesse dei litiganti ad avere una sentenza giusta nel dispositivo, e che essa è stata introdotta dal nostro legislatore per considerazioni di tutt'altra natura, che si riassumono nell'interesse dello Stato a mantenere la esatta interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo; se, dunque, il raggiungimento di questo scopo, al quale il legislatore ha voluto, a torto o a ragione, orientare l'istituto, si reputa irraggiungibile, bisogna avere il coraggio, non solo di negare l'utilità della unificazione della Cassazione, ma addirittura di proporre anche l'abolizione delle Corti regionali, che rappresenterebbero ormai nell'ordinamento giudiziario un inutile ingombro, quando fossero strumenti tecnicamente costruiti per il raggiungimento di uno scopo irraggiungibile, e incapaci, appunto per la loro struttura tutta speciale, di servire a scopi diversi! Il Progetto Orlando, dunque, se fosse stato guidato da criteri strettamente giuridici, avrebbe dovuto giungere, partendo dalla premessa che gli sta a base, alla soppressione delle Corti di cassazione regionali; salvo discutere poi se fosse opportuno creare al posto delle Cassazioni soppresse degli organi di terza istanza, ai quali, essendo loro ufficio giudicare sul merito, fosse estranea ogni limitazione del riesame alle questioni di diritto, o se non fosse piuttosto più semplice e più economico portare alle sue conseguenze estreme questa specie di « decapitazione » dell'ordinamento giudiziario, limitando definitivamente la gerarchia ai soli due gradi inferiori.

Le due tendenze intermedie (n. 130, *sub b* e *sub c*), partendo dal concetto, opposto a quello che informa il progetto Orlando, che sia utile e possibile provvedere nell'interesse pubblico al mantenimento della esatta interpretazione giurisprudenziale e che questo scopo non possa essere raggiunto se non attraverso un organo unico per tutto lo Stato, esitano però a trarre le conseguenze logiche di questa premessa che porterebbe direttamente alla Cassazione unica; e nel mantenimento delle Corti di cassazione regionali sotto forma di Sezioni distaccate (n. 130, *sub b*), o nella trasformazione di esse in Corti di terza istanza trovano il modo di dare un « compenso » ai centri regionali, che verrebbero ad essere danneggiati dalla assoluta soppressione delle Corti di cassazione ivi attualmente residenti. Non si può negare che questi Progetti di tendenza intermedia presentano quasi tutti il notevole vantaggio pratico di conciliare l'unificazione della Cassazione colla soddisfazione di quegli interessi regionali, la ribellione dei quali ha finora tenacemente

impedito ogni seria riforma in questa materia (28): specialmente il progetto del CIRCOLO GIURIDICO DI PALERMO (n. 130 *b*, α) e quello GIANTURCO-LESSONA (n. 130 *b*, β), indicano l'unica via di riforma che sarebbe opportuno adottare quando proprio ci si dovesse rassegnare ad ammettere che il popolo italiano sia così sprovvisto di coscienza nazionale, da non esser capace di sottoporre per una volta gli interessi locali al comune interesse della Nazione. Tuttavia c'è da augurarsi che non si debba giungere a questi ripieghi indecorosi: poiché (anche senza contare che sarebbe in contraddizione colla natura della giurisdizione suprema questa specie di doppio grado di cassazione, che verrebbe così ad essere ufficialmente riconosciuto: cfr. retro, n. 119) sembra enorme che in uno Stato, com'è attualmente l'Italia, in cui da mille parti si invoca l'abolizione di tutti gli organi non strettamente necessari ai pubblici bisogni, si consenta il permanere nei centri regionali di Sezioni di cassazione o, peggio ancora, di Tribunali di terza istanza, non già perché questi organi siano necessari ai fini della giustizia, ma perché essi servono ad assicurare lustro e decoro alle città in cui risiedono, lavoro professionale agli avvocati locali, possibilità di impiegare e di promuovere un maggior numero di giudici, aumento di traffico nel capoluogo regionale a vantaggio degli albergatori e dei commercianti; in verità, sarebbe ormai l'ora di intendere che lo Stato non è tenuto a mantenere in vita degli organi ai quali più non risponde una utilità sociale, sol perché v'è della gente che finora ha vissuto di essi, e che i problemi relativi all'amministrazione della giustizia non si devono più risolvere coi criterî della « industria del forestiero »! (29).

Restano pertanto, come rimedî logici che soli potrebbero darci, senza mezze misure e con notevole risparmio economico per l'Erario, una Cassazione adeguata al suo scopo istituzionale, i Progetti della quarta tendenza (retro, n. 130, *sub d*): il concetto fondamentale dei quali, che è quello di unificare la Cassazione in Roma anche per le materie civili, definitivamente sopprimendo le attuali Corti regionali, è il solo che appaghi la necessità di disciplinare l'istituto in modo che veramente risponda al suo scopo, tenendo conto insieme dell'altra necessità urgente di ridurre al minimo strettamente indispensabile il numero degli organi giudiziarî, al fine di

(28) Cfr. MATTIROLO, *Trattato* IV, n. 1012; LUCCHINI, *Discorso tenuto il 5 gennaio 1918 alla Corte di cass. di Firenze per l'inaugurazione dell'anno giudiz. 1918* (Firenze, 1918), pag. 33-34.

(29) Contro questi ibridi connubî del sistema della Cassazione con quello della Terza istanza si rileggano le pagine del MORTARA, *Comm.*, I, n. 69, e nota 1, pag. 85.

potere, senza ulteriori aggravî di bilancio, dare alla magistratura una condizione economica pari alla sua funzione. Non mi diffondo a ricordare come al concetto che informa tutti i Progetti di questa ultima tendenza abbiano dato il loro plauso i più insigni uomini della scienza processuale e della magistratura, tra i quali basti qui citare, per tutti, i nomi del PISANELLI (30), del PESCATORE (31), del MATTIROLO (32), del QUARTA (33), del MORTARA (34), del FADDA (35); il consenso di menti così illuminate e così esperte fa sperare che in un avvenire non lontano l'Italia possa trovare la forza per compiere una riforma che troverebbe certamente larga simpatia nella parte sana della pubblica opinione, oggidì più di sempre ansiosa di ridurre le burocrazie, di abolire tutti gli organi pubblici il cui unico scopo sia quello di assicurar l'impiego a un maggior numero di funzionarî, di liberare la vita statuale in ogni campo dagli illeciti influssi degli interessi privati. Né si dica, risuscitando un argomento che già qualcuno addusse contro la unificazione della Cassazione civile (36), che mai come in questo momento, in cui da tutte le parti si auspica una riforma in senso energicamente decentratore della pubblica amministrazione, il proposto accentramento della Cassazione nella capitale si è trovato in così assoluto antagonismo colla coscienza nazionale, che sempre più va convincendosi della necessità di rinvigorire nel nostro ordinamento le autonomie regionali. In verità, l'attuazione del decentramento amministrativo, che renderebbe più profonde le differenze regionali e quindi più energiche, in ogni campo della vita pubblica, le tendenze centrifughe, farebbe sentire più urgente la necessità di un organo giudiziario supremo, il quale, unico di fatto

---

(30) *Della Corte di cass.*, pag. 53 e segg.

(31) *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, pag. 450.

(32) *Trattato*, IV, n. 1000.

(33) *La riforma delle Corti di cass., secondo il Progetto Orlando 16 marzo 1908* (« Cass. unica civile », XIII [1909], col. 1-5, 33-39).

(34) *Comm.*, I, n. 69; II, nn. 17 e segg.; IV, nn. 351 e segg.; *App. civile*, nn. 210, 243-245, 283-285, e gli scritti specialmente dedicati al problema della riforma, citati nel vol. I, nota 2, a pag. 756 [ora nel vol. VI delle *Opere*, nota 69 a pag. 687]; le idee costantemente sostenute dal MORTARA scienziato sono oggi consacrate nel disegno di riforma presentato alla Camera dei Deputati dal MORTARA ministro. Anche il CHIOVENDA, che pur non tratta di proposito il problema, insegna che, dalla funzione propria della Cassazione « apparirebbe la necessità che essa fosse unica » (*Principii*, pag. 429).

(35) *Recensione sullo scritto del* MORTARA: « *La Corte di cass. come è e come dovrebbe essere* » (in « Riv. pratica di dottr. e giur. », II, [1904], pag. 858).

(36) CARUSO, *Della suprema magistratura*, cit. (Palermo, 1872), Parte I, n. VI; ORLANDO, *Sulla unificazione della Cass. civile*, pag. 13 e segg.

e non soltanto di nome per tutto lo Stato, garantisse il rispetto di quel potente vincolo della compagine statuale che continuerebbe ad essere, anche in regime di autonomia regionale, la legislazione unitaria. Confondere il problema delle Corti di cassazione regionali con quello della autonomia regionale amministrativa può essere un artificio polemico atto a strappar l'applauso all'uditorio; ma per chi lo consideri spassionatamente, esso non cessa di essere un vuoto artificio: basta infatti ricordare, per intenderne la vacuità, che proprio gli Stati federali come la Germania e la Svizzera, la cui costituzione si può considerare come una forma di « decentramento », non solo amministrativo ma anche politico, hanno sentito il bisogno di porre al vertice della gerarchia giudiziaria, come espressione e come garanzia della unità giuridica dello Stato, quel Tribunale supremo regolatore della giurisprudenza, che qualcuno in Italia ha affermato inconciliabile perfino con un decentramento meramente amministrativo!

132. — L'unificazione della Cassazione con conseguente abolizione delle Corti regionali produrrebbe peraltro un gravissimo inconveniente pratico: l'accumularsi in un unico organo giudiziario di tutti i ricorsi che attualmente cinque organi sono appena sufficienti a sbrigare. Specialmente nei primi decenni della nostra vita nazionale il cumulo dei ricorsi arretrati giacenti in attesa di decisione presso qualcuna delle Corti regionali era salito a cifre impressionanti (37); e se oggi il doloroso fenomeno è in parte ridotto (38), basta tuttavia consultare le statistiche giudiziarie per

(37) Cifre in Capone, *Discorso pronunciato alla Camera il 27 gennaio 1875*, invocante provvidenze per smaltire un arretrato complessivo di 37.000 ricorsi! Mirabelli, *Degli effetti della legge 12 dic. 1875*, in « Filangieri », 1877, aprile; e in Diena, *Cass. unica*, pag. 49 e segg.

(38) Cfr. però il discorso del Sen. De Blasio nella tornata dell'11 marzo 1912 (Atti del Senato, Discussioni Legisl. XXIII, Sess. 1909-1912, vol. X, pag. 7281 e seguenti).

Il perdurare della gravità del fenomeno è del resto dimostrata da queste cifre statistiche che si riferiscono al 1912 (*Statistica giudiziaria civile e commerciale*: ultimo volume pubblicato).

Numero complessivo dei ricorsi a carico delle Corti (*a*, pendenti nell'anno e resultanti dalla somma degli arretrati coi nuovi presentati; *b*, decisi nell'anno):

Firenze		Napoli		Palermo		Roma		Torino	
a	*b*	*a*	*b*	*a*	*b*	*a*	*b*	*a*	*b*
469	222	1804	616	1490	212	1413	893	1453	752

La differenza tra i ricorsi pendenti e quelli decisi non è davvero esigua: specialmente alla Cassazione di Palermo il cumulo degli arretrati appare ele-

comprendere come a una sola Corte di cassazione sarebbe materialmente impossibile conoscere annualmente di un numero di ricorsi pari alla somma dei ricorsi che oggi sono decisi nello stesso periodo di tempo da cinque Corti diverse (39). Lo stesso inconveniente si è presentato in Germania, dove a differenza di quanto accade in Francia per la *Cour de cassation*, il Tribunale dell'Impero si è trovato fin dalla sua fondazione sopraffatto dal numero sempre crescente delle domande di revisione (vol. I, n. 220) (40):

---

vatissimo. Cfr. Osservazioni a pag. LXXX-LXXXI della *Introduzione* alla *Statistica*, cit.

(39) Ecco le cifre relative ai ricorsi complessivamente pendenti (*a*), arretrati dell'anno precedente (*b*), sopravvenuti nell'anno (*c*), decisi nell'anno (*d*), nel decennio 1903-1912 dinanzi a tutte le Corti regionali, esclusa la Cass. di Roma, in materie speciali o a Sezioni unite. (Cfr. *Statistica* per il 1912, *Introduzione*, pag. LXXIII):

Anni	*a*	*b*	*c*	*d*
1912 . . .	6007	3164	2843	2329
1911 . . .	5737	2918	2819	2189
1910 . . .	5581	2824	2757	2292
1909 . . .	5571	2823	2748	2350
1908 . . .	5851	3026	2825	2524
1907 . . .	5995	3124	2871	2329
1906 . . .	5651	3031	2620	2189
1905 . . .	5605	2900	2705	1965
1904 . . .	5932	2914	3018	2355
1903 . . .	5957	2912	3045	2335

(40) Dalle statistiche germaniche (cfr. *Zunahme der Revisionen beim Reichsgericht*, in « D. I. Z. », 1913, pag. 218, 393; per le statistiche anteriori cfr. Hamm, in « D. I. Z. », 1897, 453; Peters, *Engl. bürg. Streitverfahren*, pag. 122; Schulz, *Vorschlage*, pag. 3) risulta che le domande di revisione in materia civile presentate al *Reichsgericht* furono, negli ultimi anni, le seguenti:

Nell'anno	1909	4595
»	1910	4344
»	1911	3531
»	1912	3906.

La diminuzione verificatasi negli anni 1910-1911 derivò dall'andata in vigore della Nov. 22 maggio 1910; ma già nel 1912 la cifra delle domande di revisione aveva ripreso la sua ascesa, onde gli scrittori tedeschi calcolavano (e mi mancano le cifre statistiche per confrontare se le loro previsioni si siano poi avverate) che negli anni successivi si sarebbe di nuovo raggiunto e oltrepassato il numero di 4000. Se si calcola che il *Reichsgericht* ha sette sezioni per decidere circa 4000 revisioni e che in Italia abbiamo cinque Corti di cassazione civile per decidere circa 3000 ricorsi (colonna *c*), vediamo che già il sopralavoro delle nostre Corti regionali è superiore a quello, pur così lamentato in Germania, che incombe ai Senati civili del *Reichsgericht*.

In diverse condizioni si trova la Francia (oltre, in nota 60 a pag. 397), per

e molteplici rimedi sono stati ivi proposti e in parte attuati, che qui sembra opportuno passare rapidamente in rassegna.

A ristabilire la proporzione tra il numero delle cause da decidere e la potenzialità di decisione dell'organo giudicante possono alternativamente servire due ordini di misure, cioè: *a*) misure tendenti ad aumentare la potenzialità di decisione dell'organo giudicante; oppure *b*) misure tendenti a diminuire il numero delle cause da decidere.

a) La potenzialità di decisione dell'organo giudicante supremo potrebbe essere aumentata, pur nominalmente conservando la sua unicità:

α) Col dividere l'organo in tante sezioni, quante siano sufficienti al disbrigo di tutti gli affari che un solo collegio giudicante non avrebbe possibilità di decidere (41). Questa misura si trova attuata in Italia per la Cassazione penale, che è divisa in due sezioni (L. 6 dicembre 1888, art. 2; L. 4 giugno 1893); ed è stata adottata anche in materia civile in Germania, dove il *Reichsgericht,* che al momento della sua fondazione risultò composto di cinque sezioni civili e tre sezioni penali, è stato portato attualmente, per far fronte al numero sempre crescente delle revisioni, a sette sezioni civili e quattro sezioni penali (42). Questo rimedio, suggerito dal PESCATORE anche per la Cassazione italiana (43), ha il pregio di moltiplicare l'attività dell'organo giudicante, permettendo alle diverse sezioni di siedere e giudicare contemporaneamente: ma ha il grave difetto, lamentato anche in Germania, di diminuire praticamente i vantaggi dell'unità dell'organo, che, come si è detto, ha importanza decisiva per la unificazione della interpretazione giurisprudenziale; onde è stato osservato che se, unificata la Cassazione, bisognasse dividerla in sezioni poste nella medesima sede, sussisterebbe in pratica l'attuale pluralità delle Corti di cassazione regionali colla sola differenza che « invece di aversi cinque sezioni di cassazione risiedenti in cinque

---

non parlare dell'Inghilterra, dove i ricorsi alla Camera dei Lords presentati e decisi furono rispettivamente:

nel	1906	53	45
»	1907	75	75.

(Cfr. TIRANTI, *Introduzione allo studio della giustizia in Inghilterra,* Pisa, 1911, pag. 28).

(41) Sulla divisione degli organi giudiziarî in sezioni, cfr. CHIOVENDA, *Principii,* pag. 408 segg.

(42) Vol. I, n. 220. Cfr. specialmente HAMM, in « D. I. Z. », 1897, pag. 454.

(43) *Filosofia e dottrine giuridiche,* I, 430-434.

diverse città, si avranno cinque sezioni risiedenti a Roma » (44). Si potrebbe rispondere a questa obiezione che, al mantenimento della giurisprudenza uniforme, la coesistenza in sedi diverse di più Corti regionali, ognuna delle quali diventa il portavoce di speciali tradizioni giuridiche locali, è assai più pericolosa che non la coesistenza in una sede unica di più sezioni, le quali dalla loro vicinanza, dai loro continui contatti, dalla possibilità di periodiche rotazioni dei giudici attraverso le diverse sezioni, hanno assai più chiara la coscienza di costituire un unico organo nazionale, superiore a qualsiasi influsso regionale; d'altra parte anche quelle cautele che, sull'esempio degli ordinamenti germanico e austriaco (retro, n. 119), si potrebbero introdurre per provocare, in caso di dissenso di interpretazione tra le Sezioni, la decisione plenaria di tutte le Sezioni nell'interesse della uniforme giurisprudenza, sarebbero di attuazione molto più facile quando la vicinanza delle diverse Sezioni in una stessa sede permettesse ad ognuna di esse di promuovere d'ufficio la decisione plenaria senza nessun ritardo e senza nessun aggravio di spese per il ricorrente (45): mentre quando le stesse cautele si volessero attuare mantenendo la dislocazione regionale delle Sezioni, bisognerebbe (cfr. retro, n. 130 *b*) per attuarle costringere le parti all'aggravio di un secondo ricorso alle Sezioni unite contro la decisione della Sezione regionale.

---

(44) ORLANDO, *Sulla unificazione*, cit., pag. 8.

(45) Così, ad es., il Progetto TAIANI 1885-1886 (vol. I, n. 271 *o*, *p*), che la Cassazione unica divideva in quattro Sezioni, due civili e due penali, nell'art. 12 delle *Modificazioni al CPC*, colle variazioni introdottevi dall'Ufficio Centrale del Senato era stabilito: « Qualora la Corte, giudicando in una delle sue Sezioni, riconosca che il punto di diritto proposto alla decisione ha dato luogo a giudicati difformi nella stessa od in altra Sezione, può, *d'ufficio* [analoga decisione a Sezioni unite era ammessa dall'art. 12 del Pr. VIGLIANI, ma *dietro richiamo della parte*] con ordinanza motivata, rimettere le parti per nuova discussione e pel giudizio della causa innanzi alle Sezioni unite. Questa disposizione non è applicabile, quando sul punto di diritto proposto alla decisione della Sezione sia già, da meno di due anni, intervenuta decisione della Corte a Sezioni unite ». Cfr. MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1012.

Anche dai Progetti di riforma della Cassazione presentati in Francia, che hanno proposto di sostituire la *Chambre des rêquetes* con una seconda *Chambre civile*, è stata sempre riconosciuta la necessità di parare la minaccia derivante all'uniformità della giurisprudenza dalla pluralità delle Sezioni civili col dar modo alla Sezione, investita di una questione di diritto già precedentemente decisa dalla Cassazione, di provocare sulla medesima il giudizio delle Sezioni unite; così nell'emendamento WALDECK-ROUSSEAU del 3 febbraio 1849, e nel pr. HÉROLD del 31 dic. 1870 (cfr. HOUYVET, *La Chambre des requêtes*, pag. 117 e 140); così nel recente Pr. BROUSSE, PRADET-BALADE, 19 gennaio 1912, che propone la istituzione di tre sezioni civili.

β) Coll'aumentare il numero dei componenti il collegio giudicante, il quale, dal cresciuto numero dei membri ai quali potrebbe esser commesso lo studio delle questioni da decidere, vedrebbe di conseguenza aumentata la sua potenzialità di decisione (46).

b) Il numero delle cause che il supremo organo giudiziario deve decidere potrebbe essere diminuito:

α) Coll'attribuire alle sue decisioni il carattere di un'interpretazione autentica (retro, n. 129 *a*): questa misura, secondo alcuni scrittori (47), servirebbe ad impedire il continuo riprodursi dinanzi al tribunale di ricorsi infondati su questioni già da esso precedentemente decise.

β) Collo stabilire che non si possa ricorrere in cassazione nelle cause il cui valore sia inferiore ad una certa cifra (*summa cassationis*). Sarebbe questa una applicazione alla Cassazione di un istituto (*summa gravaminis*) già largamente accolto dal diritto comune per i mezzi di impugnativa ordinarî e straordinarî (48), e non del tutto estraneo neppure al nostro processo odierno che talora fa dipendere dal valore della causa l'appellabilità della sentenza (49). In Germania la revisibilità delle sentenze di appello è condizionata (§ 547 *CPO*: cfr. vol. I, n. 216) a una *summa revisionis*, che inizialmente era di M. 1500 e che con successivi aumenti è stata portata attualmente a M. 4000; qualcuno ha detto che all'indole della Corte di cassazione non si adatterebbe ugualmente il limite di una *summa cassationis*, poiché, dove si tratta di risolvere questioni astratte di diritto nell'interesse pubblico, non si può dare nessun peso al valore economico della controversia in occasione della quale la questione si è presentata (50); ma questa osservazione, teoricamente giusta, dovrebbe valere anche per la Revisione germanica, per la quale invece gli scrittori sono concordi nel ritenere che la *summa revisionis* sia giustificata soltanto dal punto di vista dell'interesse pubblico, che reclama un mezzo pratico per render possibile il funzionamento dell'organo destinato a tutelare

---

(46) Cfr. WACH, *Die Entlastung des Reichsgerichts*, in « Rhein. Z. », II, pag. 291. Cfr., sulla necessità di aumentare il numero dei consiglieri di cassazione, STOLFI, *La riforma giudiziaria e la Corte di cassazione*.

(47) STEINGLEIN, pag. 414; contro: WACH, in « Rhein. Z. », II, 296; SCHWARTZ, *Die Novelle vom 17/20 Mai 1898*, pag. 32.

(48) Cfr. LINDE, *Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln* (Giessen, 1831), §§ 79 e segg.

(49) Cfr., per es., la L. 16 giugno 1892 che limita l'appellabilità delle sentenze dei Conciliatori alla *summa appellationis* di L. 50.

(50) FEUERBACH, *Betrachtungen*, pag. 100-101; HOLZSCHUHER, *Rechtsweg*, pag. 124, e nota.

l'unità del diritto (51). Sembra pertanto che la introduzione di una *summa cassationis* nel nostro diritto non produrrebbe maggiori inconvenienti di quelli che la applicazione della *summa revisionis* abbia prodotto in Germania; dove, se specialmente dai socialdemocratici si è accusato questo istituto di costituire un privilegio a favore dei ricchi, escludendo le cause di minor valore dalla terza istanza *in iure* (« il topolino — si è osservato — non sente minor male dell'elefante ad essere scorticato! ») (52), si è risposto da autorevoli processualisti che l'interesse privato non deve esser preso in considerazione per giudicare la bontà di un rimedio posto nell'interesse collettivo, e che l'unico inconveniente serio col quale la *summa revisionis* viene a tradire il suo scopo è quello di sottrarre al riesame del Tribunale supremo e quindi al beneficio della unificazione giurisprudenziale una serie di norme giuridiche che normalmente regolano questioni di valore economico inferiore alla somma revisibile, come potrebbero essere, per esempio, le norme relative al contratto di lavoro, alle servitù, al regolamento di confini (53).

γ) Coll'elevare l'ammontare della somma, che per l'articolo 521 CPC il ricorrente deve preventivamente depositare a titolo di multa: è evidente che le cifre, fissate dall'articolo stesso, non corrispondono più alle condizioni economiche del periodo attuale, di fronte alle quali, se potrebbe di poco essere aumentata la cifra di L. 75 e di L. 25 rispettivamente stabilita per il ricorso contro le sentenze in secondo grado dei Tribunali e dei Pretori, è assolutamente inadeguata per il ricorso contro le sentenze d'appello la cifra di L. 150, che dovrebb'essere portata, per riuscire un'efficace remora contro i ricorsi temerarî, almeno alla cifra minima di L. 500, da inalzarsi proporzionalmente col crescere del valore della causa (54). Anche in Germania il deposito a titolo di

---

(51) Cfr. gli scritti citati nel vol. I, n. 220.

(52) Cfr. WACH, in « D. I. Z. », 1898, pag. 5.

(53) Cfr. HAMM, in « D. I. Z. », 1897, 439; GOLDENRING, *ib.*, pag. 481; PETERSEN, *ib.*, pag. 7; SCHWARTZ, *Die Novelle*, cit., pag. 15-33; teoricamente la Cassazione potrebbe assolvere senza lacune il suo còmpito solamente quando *tutte* le sentenze inappellabili potessero essere sottoposte al suo controllo. Tuttavia anche nel diritto francese e nel nostro, dove non esiste una *summa cassationis*, vi sono molte categorie di sentenze sottratte al ricorso per cassazione. Cfr. ALGLAVE, *Min. public*, nota IV, pag. 645 e segg., « Des cas exceptionnels où la violation de la loi ne donne pas ouverture au pourvoi en cassation ».

(54) Già nel 1875 il Pr. VIGLIANI aveva avvertito tale necessità, rialzando le attuali cifre del deposito rispettivamente a L. 40, 150, 300 (art. 6). Non manca però chi ne propone addirittura l'abolizione: cfr. per ultimo: GABBA (B.), in

multa, che il nostro diritto ha imitato dalla Francia (vol. I, n. 199), ha trovato dei sostenitori (55) ed è stato in parte accolto dalla Novella del 1910 (§ 554 *CPO*, cpv. ultimo) (56).

δ) Collo stabilire che non si possa ricorrere in cassazione contro la « doppia conforme »: questa misura, che per la revisione era stata proposta nel § 485 del Progetto primitivo del *CPO* germanico (57) e che fu riproposta nel Progetto di riforma del 1905 (58), non ha potuto essere attuata in Germania per la vigorosa opposizione di chi ha osservato che questa disposizione avrebbe condizionato a una circostanza desunta dall'interesse delle parti (maggior presunzione di giustizia del dispositivo, inerente alla doppia conforme) la esperibilità di un rimedio istituito nell'interesse pubblico; e che d'altra parte, in conseguenza di questo sistema, intere circoscrizioni giudiziarie dipendenti da un tribunale d'appello avrebbero potuto sottrarsi al controllo del tribunale supremo, qualora i giudici di primo grado e il tribunale d'appello si fossero accordati nell'interpretare una norma giuridica nello stesso senso (e magari in senso perfettamente contrario a quello seguìto in tutto il

---

« Mon. trib. », 1903, 223. La opportunità di misure volte a limitare il numero dei ricorsi infondati è dimostrata dal confronto tra il numero dei ricorsi decisi e quello relativamente esiguo dei ricorsi accolti (cfr. anche MORTARA, *Comm.*, IV, pag. 615). Dall'ultima *Statistica giudiziaria* risultano infatti (pag. LXXIII) le seguenti cifre:

ANNI	Ricorsi decisi (*) da tutte le Corti regionali	Ricorsi accolti
1912	2339	793
1911	2189	724
1910	2292	832
1909	2350	892
1908	2524	968
1907	2329	904
1906	2189	771
1905	1965	755
1904	2355	820
1903	2335	891

(*) Queste cifre comprendono però anche i ricorsi dichiarati inammissibili per ragioni processuali, il numero dei quali dovrebbe essere detratto per poter stabilire una proporzione esatta tra i ricorsi rigettati come infondati e quelli accolti come fondati. Si cfr. la tabella in nota al n. 134 (nota 88).

(55) KRAEWELL, in « Z. », I, pag. 185 e segg.; e sopratutto: PETERS, *Engl. bürg. Streitverfahren*, pag. 113-134, con estesa disamina dei motivi pro e contro, e di legislazione comparata.

(56) Cfr. HELLWIG, *System*, § 239, II, 3.

(57) Cfr. *Besondere Begründung*, in HAHN, *Materialien*, I, pag. 363-364.

(58) Cfr. vol. I, nn. 216 e 220.

resto dell'Impero) sì da ottenere sempre la doppia conforme e quindi la esclusione del ricorso in revisione (59). Analoghe osservazioni potrebbero valere per dimostrare la inapplicabilità di questa misura restrittiva anche al ricorso per cassazione.

ε) Coll'introdurre anche nel nostro diritto l'istituto della Sezione dei ricorsi, che in Francia, col nome di *Chambre des requêtes* (vol. I, n. 195), è reputata una delle principali cause, se non l'unica, del sollecito funzionamento della Corte di cassazione (60).

---

(59) Cfr. WACH, in « Rhein, Z. », II, 297; e STOLFI, *Riforma della Corte di cassazione*, n. 7.

(60) Statistica dei ricorsi presentati alla *Cour de cassation*:

ANNI	Ricorsi introdotti alla *Chambre des req.*	Ricorsi ammessi dalla *Chambre des req.*	Ricorsi decisi dalla *Ch. civile*	Ricorsi decisi dalle Sez. Unite
	a	*b*	*c*	*d*
1890	601	245	265	5
1891	631	310	283	3
1892	609	213	596 (*)	2
1893	635	199	316	3
1894	640	242	245	4
1895	657	274	270	4
1896	671	248	256	6
1897	651	295	286	7
1898	709	298	272	4
1899	663	266	237	5
1900	779	232	254	8
1901	775	307	307	13

Osservazioni. — La differenza tra le cifre della colonna *b* e quelle della colonna *c* deriva dal fatto che la *Ch. civile* ha anche una competenza diretta per materia su certe categorie di ricorsi che son presentati ad essa senza il preventivo esame della *Chambre des requêtes*.

(*) Questa cifra comprende 358 *arrêts de jonction*.

Da questa tabella (che ho tolta da ADICKES, *Grundlinien*, pag. 164) resulta che la *Chambre des requêtes*, dichiara inammissibili circa il 60% dei ricorsi presentati, alleggerendo così in modo sensibilissimo il lavoro della *Ch. civile*. Tuttavia dalla colonna *a* si rileva anche che, indipendentemente dagli effetti della *Chambre des requêtes*, il numero dei ricorsi che vengono presentati in Francia alla *Cour de cassation* è, fin dall'inizio, di gran lunga inferiore al numero di quelli che vengono presentati complessivamente alle nostre cinque Corti regionali e dalle domande di revisione che vengono presentate al *Reichsgericht* germanico. Anche tenendo conto della comparativa diversità di popolazione, la sproporzione tra Francia e Italia resta evidentissima, poiché a ognuna delle nostre cinque Corti regionali sono presentati *in media* annualmente (anche senza tener conto degli arretrati) tanti ricorsi quanti all'incirca sono presentati da tutta la Francia all'unica *Cour de cassation*. Le ragioni di questa sproporzione non possono esser trovate nella misura, adottata dal diritto francese, del deposito preventivo a titolo di multa, perché esso esiste

È noto che questo istituto, contro il quale non sono mancate neppure in Francia critiche e proposte di abolizione (61), è stato soppresso come inutile da molte legislazioni modellate sul diritto francese (62) e che anche la legislazione italiana lo ha respinto (vol. I, n. 273), ritenendo che, se la Sezione dei ricorsi fosse competente soltanto a verificare la regolarità formale del ricorso, l'esame preventivo dinanzi ad essa si risolverebbe in una perdita di tempo, mentre se essa potesse anche, come in Francia, delibare la fondatezza dei motivi di ricorso, l'esame preventivo si risolverebbe in una fonte di dualismo fra la Sezione dei ricorsi e la Sez. civile (63). Tuttavia non sono mancati, nei Progetti di riforma della Cassazione di cui si è fatto parola, tentativi di resuscitare la Sezione dei ricorsi, in forma più o meno fedele al modello francese (64); e in

---

anche nel diritto nostro: esse debbono essere piuttosto cercate nella tradizione nazionale dell'istituto, che in Francia è veramente considerato come un mezzo straordinario che non diminuisce, in pratica, il principio del doppio grado. Per statistiche più recenti e più dettagliate, cfr. STOLFI, *La riforma giudiziaria e la Corte di cassazione*, pag. 489.

(61) Cfr. letteratura in vol. I, nota 1, a pag. 577 [ora nel vol. VI delle *Opere*, nota 139 a pag. 527]; e GARSONNET, *Traité*, § 1 e § 98 e letteratura in nota.

I Progetti di riforma o di soppressione della *Chambre des requêtes* in Francia sono stati numerosi, e quasi tutti hanno proposto di trasformarla in una seconda *Chambre civile*; così il Min. PERSIL nel 1835, il Min. MARIE nel 1849; HÉROLD il 31 dic. 1870; GOBLET, con Pr. 27 gennaio 1880; VARAMBON, con Pr. di pari data; BOYSSET nel 1888; CHASTENET, 19 gennaio 1903; MARTIN, nel 1906 (critica dettagliata di tutti questi Progetti in HOUYVET, *La Chambre des requêtes*, pag. 107 e segg.). Posteriormente l'abolizione della *Ch. des req.* è stata proposta dal Pr. BROUSSE, PRADET-BALADE del 19 gennaio 1919, secondo il quale la Cassazione sarebbe divisa in cinque Sezioni, tre civili e due penali.

(62) Per il diritto belga, cfr. vol. I, n. 226; per le legislazioni italiane anteriori all'unificazione, vol. I, nn. 257-266. Cfr. ALLARD, *Esame critico del CPC italiano*, pag. 131.

(63) Cfr. *Relazione* PISANELLI, n. 395 e Verbale n. 13, 4, della Commissione di coord. (seduta del 5 maggio 1865: in GIANZANA, II, pag. 92). Cfr. anche: PISANELLI, *Della Corte di cassazione*, pag. 56-57 (con cenni sulle legislazioni italiane); MORTARA, *Comm.*, IV, n. 361, con interessanti osservazioni sull'articolo 292 RGG.

(64) Un esauriente riassunto dell'argomento, con citazione del testo dei varî Progetti, trovasi in MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1127 (in nota). Cfr. specialmente: Progetto DE FALCO, art. 11-12; Progetto VIGLIANI, art. 13. Il Progetto TAIANI, colle variazioni introdotte dall'Ufficio Centrale del Senato, art. 9 delle *Modificazioni al CPC*, pur senza ammettere una Sezione dei ricorsi stabiliva che il ricorso, appena presentato, dovesse esser comunicato al P. M., il quale poteva provocare una dichiarazione di inammissibilità del ricorso in Camera di consiglio, non solo per irritualità, ma anche se « sotto forma di violazione di legge, il ricorso si risolveva manifestamente in una censura degli apprezzamenti di fatto della sentenza ».

Germania, ove la proposta di adattare questo istituto alla revisione non è stata accolta per le stesse ragioni di opposizione che valgono per il nostro diritto (65), si è tuttavia ammessa una derivazione di esso nel § 554 *a* del *CPO* (Novella del 5 giugno 1905), secondo il quale il Tribunale dell'Impero deve d'ufficio preventivamente accertare la regolarità formale del ricorso in revisione, dichiarandolo, in caso contrario, inammissibile con Decreto senza trattazione orale (66).

η) Colla soppressione della trattazione orale in sede di Cassazione: questo sistema, che da noi è suggerito dal MATTIROLO (67), è seguìto dalla Suprema Corte austriaca, con esito fruttuoso sul sollecito disbrigo delle cause (vol. I, n. 237).

δ) Col ridurre rigorosamente i motivi di cassazione a quelli che siano in armonia collo scopo per cui la Cassazione è istituita. Questa riforma, che viene indicata qui come idonea a diminuire il numero dei ricorsi, appar necessaria, anche da un altro punto di vista, in relazione al quale se ne parla nel numero seguente.

133. — *B) Giurisdizione di diritto* [retro, nn. 120-123]. Non solo per la necessità pratica di diminuire il numero dei ricorsi in misura tale da render possibile il funzionamento della Cassazione unica con una o al massimo con due sezioni civili, ma anche per l'altra fondamentale necessità (retro, n. 127) di mettere in armonia la struttura processuale del ricorso per cassazione collo scopo teorico al quale esso deve servire, sembra indispensabile escludere con esplicite disposizioni che possano esser considerati come motivi di cassazione quei vizî della sentenza che non costituiscono una minaccia alla esattezza ed alla uniformità della interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo.

a) *Errores in iudicando.* In verità, per ciò che attiene alla cassazione per *error in iudicando,* non ci sarebbe bisogno di introdurre nessuna modificazione nelle disposizioni che la regolano,

---

(65) Cfr. specialmente HAMM, in « D. J. Z. », 1907, pag. 457; WACH, *ibidem,* 1898, pag. 6. Favorevole: STEINGLEIN, in « D. J. Z. », 1897, 413.

(66) Cfr. HELLWIG, *System,* § 239, II, 4. Non è mancato in Germania chi voleva estendere questa spicciativa dichiarazione di inammissibilità fatta per decreto al caso di ricorso chiaramente infondato in merito: cfr. HAGENS, in « D. J. Z. », 1903, pag. 181.

(67) *Trattato,* IV, n. 1011. Cfr. anche GABBA (B.), in « Mon. trib. », 1903, 223. Si cfr. l'interessante precedente di questo sistema offerto dall'art. 22 della Legge cisalpina 3 messidoro, anno VI (vol. I, nota 6 a pag. 696) [ora nel vol. VI delle *Opere,* nota 21 a pag. 635].

qualora l'art. 517, n. 3 venisse interpretato in quel senso restrittivo che, a mio avviso, è il solo corrispondente alla sua lettera e allo spirito dell'istituto (retro, n. 103); ma siccome la pratica, come ho già ricordato (retro, n. 122) ha a poco a poco trascinato il ricorso per « violazione o falsa applicazione di legge » ben lontano dalle sue finalità originarie, così verrebbe opportunissima una disposizione, sia pure con carattere meramente interpretativo, che contro gli abusi forensi riaffermasse che la cognizione della Corte di cassazione deve, in tema di *error in iudicando*, intendersi strettamente limitata alla questione di diritto.

In questa mia opinione mi conforta un imponente movimento scientifico che si è andato affermando in questi ultimi anni in Germania (dove la pratica giurisprudenziale, analogamente a quanto è accaduto in Italia, ha ammesso un uso sempre più ampio del rimedio anche fuor dei suoi limiti istituzionali; cfr. vol. I, n. 220) nel senso di ritenere che la causa principale del pernicioso accumularsi dei ricorsi in revisione debba esser cercata nel sempre più aperto sconfinamento del Tribunale dell'Impero entro il campo delle questioni di fatto (68) e che l'unico rimedio efficace contro questo inconveniente sempre più minaccioso sia quello di ricondurre l'istituto alle sue origini e di limitare il riesame del giudice di revisione a quei soli casi in cui sia posta in discussione la esistenza, il significato e l'applicabilità alla fattispecie controversa di una norma giuridica (69). Se questo si pensa in Germania della Revisione, che pur generalmente si afferma (vol. I, n. 221) essere un rimedio meno rigido della Cassazione e meno lontano di questa dai fini dell'appello, non credo di essere in errore quando ritengo che, se si vuol riportare l'istituto della Cassazione sulla sua via, bisogna con appositi articoli di legge ricordare ai litiganti, agli avvocati e ai giudici che essa non deve servire a riformare sentenze ingiuste, ma solo a garantire la esattezza della interpretazione giurisprudenziale: e che pertanto:

α) al giudice di cassazione è vietato ogni riesame della questione di fatto, anche se il giudice di merito nel risolverla abbia errato contro una massima di esperienza, o abbia ritenuto vero un fatto impossibile, o abbia ignorato l'esistenza di un fatto notorio;

---

(68) Si cfr. specialmente ROCHOLL, in « Z. », 1886, pag. 285 e segg.; FISCHER, in « Jherings' Jahrb. », XXXVIII (1898), pag. 265 e segg., specialmente §§ 10-11; ID., in « J. W. », 1904, specialmente il § 11 (pag. 24 e segg. dell'Estratto); NEUKAMP, *Das Rechtsmittel des Revision*, § 3, II.

(69) Ciò trovasi con particolare energia riaffermato da ADICKES, *Grundlinien*, cit., pag. 14-34 e 141-143.

β) al giudice di cassazione è vietato ogni riesame della interpretazione data dal giudice di merito a negozî giuridici, ove essa non costituisca un errore di diritto, e anche quando essa fosse in aperta contraddizione (cosiddetto « travisamento ») col tenore della dichiarazione di volontà da interpretare (70);

γ) l'omissione dei motivi è un vizio esclusivamente formale, che non autorizza il giudice di cassazione a riesaminare, sotto specie di « difettosa motivazione », gli errori logici commessi dal giudice di merito, quando questi errori di ragionamento non rivestano il carattere di errori di diritto (71).

134. — *b) Errores in procedendo.* Mentre, per ricondurre la Cassazione al suo scopo nessuna riforma alle disposizioni vigenti sarebbe necessaria in tema di *error in iudicando* se l'art. 517, n. 3 venisse interpretato dalla pratica in modo più fedele al suo spirito (retro, n. 133), in tema di *errores in procedendo* la Cassazione non potrà dirsi istituita per mantenere la esatta interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo finché il nostro CPC accoglierà tra i motivi di ricorso quei semplici vizî di attività che sono contemplati dagli altri numeri dell'art. 517 suddetto.

---

(70) In qualcuno dei Progetti di riforma della Cassazione si sentì il bisogno di inserire un'apposita disposizione per vietare al giudice di cassazione il riesame del cosidetto « travisamento » ed altri simili sconfinamenti nel campo della questione di fatto. Cfr. Pr. De Falco, art. 5; Pr. Vigliani, articoli 3-4; Pr. Taiani, 1885-1886, *Modificazioni al CPC*, articolo 11; Circolo giuridico di Palermo, art. 8; e in senso contrario: Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, pag. 434-437 e 455-457. Sull'argomento: Mattirolo, *Trattato*, IV, n. 1054 (in nota).

(71) Il Progetto Orlando, dopo aver riconosciuto (cfr. retro, n. 121 δ), che « purtroppo è vero quel che comunemente osservasi, che l'annullamento per vizio parziale di motivazione è il mezzo con cui la Corte di cass. attesta indirettamente il suo disparere sul merito della causa » (*Relazione*, pag. 13), stabiliva all'art. 16, che « la sentenza pronunciata in grado di appello può essere impugnata col ricorso per cassazione... 3° se manchi del dispositivo o se per assoluta insufficienza dei motivi di fatto o di diritto manchi la giustificazione logica e giuridica, totale o parziale, del dispositivo. Qualora la Corte di cassazione riconosca che il dispositivo della sentenza, in relazione col fatto esposto e stabilito nella medesima, è conforme alla legge deve supplire o correggere la motivazione omessa o deficiente in diritto, senza pronunciare annullamento ». Mi sembra però che la locuzione di questo articolo non valesse a far chiaramente comprendere che difetto di motivazione si ha quando i motivi espressi nella sentenza non bastano per ricostruire qual'è stato il ragionamento del giudice, non anche quando i motivi bastino a far comprendere che il ragionamento è stato logicamente difettoso (retro, n. 121 δ).

Già si è cercato di dimostrare (retro, n. 123) che l'annullamento per *error in procedendo* non può in alcun modo servire allo scopo caratteristico per il quale sorse dalla Rivoluzione francese l'istituto della Cassazione: ciò fu rilevato quasi un secolo fa da uno scrittore tedesco, il GERAU (72), il quale, studiando la Cassazione francese e la opportunità di introdurla nel diritto germanico, osservava che non era logico ammettere il ricorso per quelle inosservanze di norme processuali che importano nullità del procedimento, poiché la inesecuzione di un precetto processuale non minaccia affatto l'unità del diritto (73). Questo modo di sentire è diventato comune in questi ultimi anni in Germania; dove essendosi manifestata sempre più decisamente, come si è visto (retro, n. 133), la tendenza della dottrina a limitare la Revisione a quei soli casi, dal cui riesame possa veramente trarre vantaggio la uniformità della giurisprudenza, si è affermato che non devono essere considerati come suscettibili di revisione « tutti i casi in cui per disavvertenza (*versehentlich*) non siano stati osservati precetti formali e processuali in sé incontroversi » (74); che la violazione di una legge relativa al procedimento può autorizzare l'annullamento di una sentenza nell'interesse della parte, ma non nell'interesse della difesa dell'unità del diritto (75); che non devono essere annoverati fra i motivi di revisione i vizi meramente processuali, salvoché siano la conseguenza di una erronea interpretazione *in iudicando* di una norma di diritto processuale (76); finché questa corrente di idee ha portato, nel 1910, alla formulazione di un disegno di riforma (77) in cui è nettamente proposto di inserire nel *CPO* un § 551 *a*, così concepito: « Si può impugnare una decisione per violazione di norme giuridiche relative al procedimento, diverse da quelle indicate nel § 551, solamente quando stia a base della violazione una erronea interpretazione della norma giuridica ». Una tendenza analoga è riapparsa costantemente nei Progetti italiani di riforma della Cassazione, i quali hanno riconosciuto, in misura più o meno larga, la necessità di ricondurre alla funzione di motivi di revocazione tutti o parte di quegli *errores in procedendo* che i nn. 1, 2, 4, 8 dell'articolo 517 CPC considerano attual-

---

(72) *Bemerkungen*, pag. 41 e segg.

(73) *Ibid.*, pag. 61.

(74) ADICKES, *Grundlinien*, pag. 142.

(75) ID., *ibidem*.

(76) NIEDNER, *Zur Frage einer durchgreifender Justizreform*, pag. 8, lett. γ.

(77) HAMM, Parere presentato al 29° Congresso giuridico tedesco, riportato da NEUKAMP, *Revision*, cit., pag. 41.

mente come motivi di cassazione (78): mentre, infatti, tutti (meno il Pr. ZANARDELLI-COCCO ORTU) hanno ritenuto opportuno conservare come motivo di cassazione quello contemplato nell'art. 517, n. 1 CPC (79), è stata quasi concordemente riconosciuta l'opportunità di trasformare in motivi di revocazione quelli contemplati dai nn. 4, 5, 6, 7 dello stesso art. 517 (80); disparità di vedute si sono invece manifestate in relazione al vizio contemplato nel n. 2 dell'art. 517, che è stato suddistinto in più casi, alcuni dei quali sono stati considerati come motivi di cassazione, altri come motivi di revocazione, o anche di correzione (81), e in relazione al n. 8 dell'articolo stesso, che in qualche Progetto si è continuato a considerare come motivo di cassazione nei termini con cui attualmente è definito, mentre in altri si è ristretto questo

---

(78) In questo senso già si udirono valide argomentazioni nella discussione sul CPC, svoltasi dinanzi al Senato (cfr. discorso PINELLI, 29 marzo 1865, in GIANZANA, I, pag. 256, n. 32). Così nella *Relazione* che precede il Pr. GALLO (vol. I, n. 271 *t*), trovansi riassunte le ragioni di questa tendenza (§ V): « Noi dobbiamo, anzitutto, richiamare la Corte di cassazione alla sua primitiva e propria funzione di Corte regolatrice del diritto, escludendo dalla sua competenza ogni controversia la quale non cada direttamente sull'interpretazione e sull'applicazione della legge. Così noi ridurremo il numero dei ricorsi e, mantenendo nella competenza delle Corti di merito una grande quantità di questioni che ora sono portate dinanzi al supremo Collegio, abbrevieremo e semplificheremo il corso dei giudizî ». Per i rapporti fra motivi di revocazione e motivi di cassazione nel diritto francese, cfr. vol. I, n. 198, nelle legislazioni italiane anteriori all'unificazione, vol. I, n. 265; sull'argomento, cfr. MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1063; MORTARA, *Comm.*, IV, 352 e segg.

(79) Così il Pr. DE FALCO (*Modificazioni al CPC*, pag. 76 del Progetto), il Pr. VIGLIANI, art. 3; il Pr. TAIANI, 1885-1886, art. 11; il Pr. GALLO, art. 61; il Pr. ORLANDO, art. 16; il Pr. del CIRCOLO GIUR. DI PALERMO, art. 8.

(80) Così i Progetti sopra citati, ai rispettivi articoli: contro l'Ufficio Centrale del Senato che nelle modificazioni al Pr. TAIANI, art. 4, riportò tra i motivi di cassazione quelli attualmente contemplati dai nn. 4, 5, 6 dell'art. 517.

(81) Per il Pr. DE FALCO era motivo di revocazione la mancanza dei requisiti indicati nei nn. 2 e 3 dell'articolo 361 CPC, e motivo di cassazione la nullità a norma del n. 1 dello stesso articolo: per il Pr. VIGLIANI e TAIANI (e così per il Pr. del CIRCOLO GIUR. DI PALERMO, art. 8), anche il n. 2 dell'art. 517 era trasformato in motivo di revocazione in ogni caso, ma nelle modificazioni introdotte a quest'ultimo dall'Uff. Centrale del Senato, tornava ad essere motivo di cassazione il vizio di omessa motivazione; per il Pr. GALLO, art. 61 n. 2, era motivo di cassazione la violazione dell'art. 357 CPC e la omissione dei requisiti indicati nei nn. 7, 8, 9, dell'articolo 360 CPC, mentre era motivo di revocazione la omissione dei requisiti indicati nei nn. 4-6 dell'art. 360 stesso; per il Pr. ORLANDO, erano motivi di correzione le omissioni dei requisiti indicati nei nn. 4, 8, 9, dell'art. 360, mentre la omissione del requisito contemplato nel n. 6 dell'articolo 360 era motivo di cassazione, al pari della violazione degli articoli 357 CPC e 264 RG (art. 15 e 16 del Progetto).

motivo di cassazione alla sola violazione dei principî che regolano la cosa giudicata (facendone così un caso di violazione di legge ex art. 517, n. 3) (82). Alle sue conseguenze estreme è stata poi portata questa tendenza dal Progetto ZANARDELLI-COCCO ORTU, il quale, nel suo art. 22 ha risolutamente proclamato che « in materia civile il ricorso per cassazione è ammesso soltanto per violazione o falsa applicazione della legge, ai sensi del n. 3 dell'art. 517 CPC » (83).

Nessuna formula con più semplicità e concisione di quella adottata dal Progetto ZANARDELLI-COCCO ORTU, è idonea, a mio avviso, a tracciare la direttiva cui dovrebbe ispirarsi la prossima generale riforma della Cassazione, per essere veramente efficace e definitiva: so anch'io che questa formula così assoluta si conciliava in quel Progetto colla possibilità di portare l'impugnativa per *error in procedendo* alle Corti di revisione, e che, ove si adottasse invece la Cassazione unica come organo immediatamente superiore ai tribunali di seconda istanza, bisognerebbe portare questa impugnativa allo stesso giudice che ha emanato la sentenza impugnata, col rischio di togliere al rimedio ogni efficacia reale, a causa della naturale riluttanza del giudice *a quo* a riconoscere un *error in procedendo* a lui imputabile (84). Tuttavia non credo che questo inconveniente sarebbe senza rimedî: è da notare innanzi tutto che i vizî di attività, che costituiscono attualmente motivi di cassazione, non dovrebbero essere confusi in un fascio coi motivi di revocazione, ma, insieme col vizio contemplato dal n. 5 e magari (ove non si ritenesse più opportuno abolirlo) con quello contemplato dal n. 4 dell'art. 494 CPC, dovrebbero essere considerati a parte, come motivi di nullità, da farsi valere con una apposita *actio nullitatis sanabilis* (o *insanabilis*, in quanto lo richiedesse la natura del vizio: retro, n. 84) rispondente alla tradizione nostrana, già utilmente riprodotta anche da qualche legislazione processuale

---

(82) Così il Pr. VIGLIANI, art. 3, e il Pr. GALLO, art. 61, n. 4 (« Può essere impugnata con ricorso in cassazione la sentenza... se nel pronunciare sulla eccezione di cosa giudicata abbia violato l'art. 1351 CC »).

(83) Questo Progetto, però, non specificava a quale rimedio dovessero dar luogo i vizî contemplati negli altri numeri dell'art. 517: cfr. le critiche in MATTIROLO, *Trattato*, IV, pag. 964-965, in nota.

(84) Cfr. *Relazione* PISANELLI, n. 390 « ...stabilire che si abbia a portare una grave accusa di negligenza contro un magistrato e volere che il medesimo abbia ad ascoltarla pazientemente e a giudicarla imparzialmente è un volere compromettere la dignità del giudice, è troppo pretendere dalla natura umana »; PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, pag. 455-457; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1038, nota 1.

contemporanea (retro, n. 115). In secondo luogo, per evitare i pericoli che potrebbero nascere dall'investire dell'azione di nullità lo stesso giudice alla cui negligenza la nullità fosse imputabile, si potrebbe adottare qualcuna delle cautele a questo fine suggerite dagli stessi Progetti di riforma (85): quale sarebbe quella di portare la domanda di nullità davanti l'autorità giudiziaria pari in grado e più vicina a quella da cui fu pronunciata la sentenza impugnata (86), o quella di portarla davanti alla stessa autorità giudiziaria, coll'obbligo in questa di decidere con giudici diversi da quelli che avevano pronunciato la sentenza impugnata (87).

Alleggerita così la Cassazione unica dalla ingombrante cognizione di ricorsi basati su semplici *errores in procedendo,* la sua funzione sarebbe in perfetta armonia col suo scopo; e la diminuzione di lavoro così conseguita avvicinerebbe di molto la possibilità della riduzione dell'organo giudiziario supremo a una sola sezione civile (88).

Senonché si può obiettare che in questo modo la Corte di cassazione si ridurrebbe a funzionare soltanto per la esatta interpretazione del diritto *sostanziale*: mentre resterebbe assolutamente estranea all'influsso regolatore dell'istituto la giurisprudenza sulla interpretazione del diritto *processuale*, per il quale tuttavia è così fortemente sentito il bisogno di una pratica uniforme e costante (retro, n. 106). A questa obiezione si risponde che il ricorso in cassazione ex art. 517, n. 3 dovrebbe, qualora l'istituto fosse ridotto a questo solo motivo, essere esperimentabile anche per « violazione o falsa applicazione » *in iudicando* di una norma di diritto processuale; il che accadrebbe tutte le volte in cui il giudice di

---

(85) Senza dire che l'azione di nullità contro le sentenze di secondo grado dei Pretori o dei Tribunali potrebbe rispettivamente essere portata al giudice superiore (Tribunale o Corte d'appello).

(86) Progetto Vigliani, art. 3: « Ogni domanda di revocazione si propone davanti l'autorità giudiziaria pari in grado e più vicina a quella da cui fu pronunciata la sentenza impugnata, che abbia un numero di giudici sufficiente per giudicare. Questo numero è di cinque, se si tratta della sentenza di un Tribunale e di nove se si tratta della sentenza di una Corte d'appello »; Pr. Taiani, art. 11.

(87) Modificazioni dell'Ufficio Centrale al Pr. Taiani, art. 5; così anche nel Pr. del Primo congresso giuridico, proposta V; e nel Pr. del Circolo giuridico di Palermo, art. 8.

(88) Cfr. Mortara, *Comm.*, IV, n. 352-354. Dai seguenti dati statistici (*Statistica giudiziaria,* 1912, *Introd.*, pag. LXXII; *Statistica giudiziaria,* 1911, *Introd.*, pag. LXXII), risulta che i ricorsi basati su violazione o falsa applicazione di legge ex art. 517, n. 3, sono (colonna 4) poco più del 50% del numero complessivo; se poi si adottassero misure rigorose per impedire che sotto il vizio

secondo grado, giudicando nella sua sentenza sulla esistenza di una concreta volontà di legge processuale, avesse commesso un errore di diritto, cioè un errore sulla esistenza, sul significato o sull'applicabilità al concreto rapporto processuale di una norma processuale (retro, n. 103). Questo concetto, che si trova accolto nei più recenti Progetti di riforma della Revisione tedesca (retro, in questo stesso numero), appariva già nel Progetto De Falco, il quale, disponendo che i vizî di attività contemplati nei nn. 2, 4, 5, 6, 7 dell'art. 517 CPC, fossero trasformati in motivi di revocazione, stabiliva però che « la domanda di revocazione pei motivi, ecc..... non ha luogo *quando questi siano stati proposti come punti di controversia, e decisi nella sentenza* », e che in questi casi fosse esperimentabile per essi il ricorso in cassazione (89): il criterio sul quale in questo Progetto si basava la distinzione era quello tradizionale nel diritto francese, di escludere dalla revocazione tutti i vizî del giudicato che fossero causati non da involontaria disavvertenza del giudice, ma da un suo volontario errore di giudizio; ma la stessa distinzione dovrebbe essere adottata anche quando si volesse escludere dal giudizio di cassazione il riesame delle semplici inesecuzioni di un singolo precetto processuale, e si volesse invece portare al riesame della Cassazione tutti quei casi in cui l'*error in procedendo* è la conseguenza di un *error in iudi-*

---

di violazione o falsa applicazione di legge passassero anche i semplici errori di fatto, questa percentuale verrebbe ancora diminuita.

ANNI	MOTIVI DI RICORSO																	
	1		2		3		4		5		6		7		8		9	
	incompetenza		art. 517 n. 1		art. 517 n. 2		art. 517 n. 3		art. 517 n. 4		art. 517 n. 5		art. 517 n. 6		art. 517 n. 7		art. 517 n. 8	
	r	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*	*r*	*a*
1912																		
Cifre totali	15	10	70	25	218	153	933	412	56	27	62	27	116	96	68	44	24	9
Cifre percentuali	1,02	1,20	4,79	3,15	14,91	19,29	56,98	51,95	3,83	3,40	4,24	3,40	7,94	10.96	4,65	5,55	1,64	1,14
1911																		
Cifre totali	3	14	84	22	191	41	836	425	45	25	45	21	164	78	76	46	38	6
Cifre percentuali	0,21	1,93	5,80	3,04	13,52	19,19	55,58	52,76	3,22	3,45	3,22	2,90	10,59	9,53	5,22	6,08	2,58	0,83

N.B. — Nelle cifre sopra riferite non sono computati i ricorsi diretti alla Cass. di Roma, in materie speciali o a Sezioni unite: le lettere *r* ed *a* poste a capo di ciascuna colonna indicano rispettivamente i ricorsi rigettati o accolti. Cfr. anche i quadri statistici uniti al Pr. Gallo.

(89) Cfr. Mattirolo, *Trattato*, IV, pag. 962-963, in nota 3.

cando, ossia di una falsa interpretazione di legge processuale espressa dal giudice *a quo* nella motivazione della sua sentenza e per questo capace di avere delle pericolose ripercussioni sulla giurisprudenza.

Il motivo di cassazione contemplato nel n. 3 dell'art. 517, dovrebbe dunque abbracciare ogni violazione o falsa applicazione di legge, *sostanziale o processuale,* commessa dal giudice di merito *non nell'agire ma nel giudicare*: il che significherebbe che anche in tema di diritto processuale i poteri di riesame dell'organo di Cassazione dovrebbero essere sempre limitati, contrariamente a quanto avviene ora (retro, n. 102 *a,* β) agli errori di diritto (nel senso spiegato retro, n. 103), senza alcun controllo sulla esistenza o sul modo di essere dei concreti fatti processuali.

135. — *C) Giurisdizione negativa* [retro, nn. 124-126]. Quando abbiamo analizzato in che consista la cosidetta giurisdizione « negativa » della Corte di cassazione, abbiamo veduto che la mancanza di effetto positivo del giudizio di cassazione sulla decisione del rapporto controverso di merito ha origine diversa secondoché la cassazione segua per *error in procedendo* o per *error in iudicando*: nel primo caso, infatti, deriva da una ragione esclusivamente processuale che, annullata la sentenza per un vizio di costruzione ad essa inerente, debba nuovamente esser percorso lo stesso grado di giurisdizione in merito che la irregolarità processuale fa considerare come non ancora esperimentato; nel secondo caso, invece, la ragione che vieta di investire del giudizio rescissorio lo stesso giudice di cassazione che ha conosciuto del rescindente, non è una ragione processuale, ma una ragione prevalentemente politica (retro, n. 125), che sconsiglia di accumulare in un unico organo giudiziario il potere positivo di decidere definitivamente le controversie di tutto lo Stato. Potremmo dire, in altre parole, che quando la Cassazione annulla per *error in procedendo,* il carattere negativo della sua funzione è la conseguenza del carattere negativo proprio del rimedio processuale che la provoca (querela di nullità); mentre — inversamente — quando la Cassazione annulla per *error in iudicando,* il carattere negativo del rimedio processuale di cui essa è investita (costruito *come* una querela di nullità, pur non avendone i presupposti: retro, n. 112) è la conseguenza dei limiti che, per le sovraccennate ragioni politiche, sono stati prestabiliti alla funzione.

Ciò premesso, è chiaro che il ricorso in cassazione per *error in procedendo* non può essere concepito (in quanto si voglia continuare ad investirne la Corte di cassazione: cfr. retro, n. 134) se

non nella forma processuale con cui esso è costruito attualmente: un rimedio che è in sostanza una querela di nullità ha la sua stessa ragion d'essere nel limitarsi a *negare* la validità della sentenza impugnata. Ma altra è la questione quando si tratta di ricorso in cassazione per *error in iudicando* ex art. 517, n. 3: poiché, essendo dimostrato che le ragioni politiche sulle quali in questo caso si basa la cosidetta giurisdizione negativa della cassazione, sono ormai superate dai tempi (retro, n. 125), e che d'altra parte in pratica la Corte di cassazione può esercitare sempre un influsso positivo non solo sulla decisione del singolo rapporto controverso, ma anche sulla decisione di tutti i casi simili che si presenteranno nel futuro alla risoluzione dei tribunali (retro, n. 126), potrebbe qualcuno domandarsi se non sia tempo ormai di introdurre anche di diritto una riforma che *di fatto* è già attuata, e di porre l'istituto in armonia colle sue nuove esigenze.

Non esamino qui la opportunità di attribuire alle decisioni della Corte di cassazione efficacia di interpretazione autentica obbligatoria per tutti i casi futuri, poiché già feci cenno del problema (retro, n. 129 *a*); qui mi limito a esaminare se lo scopo di mantenere la uniformità della interpretazione giurisprudenziale, per il quale la Cassazione è istituita, consigli di regolare in modo diverso da quello in cui sono regolati attualmente, i rapporti fra rescindente e rescissorio nel giudizio di cassazione per « violazione o falsa applicazione di legge » *in iudicando*. Dico subito che il sistema vigente, che lascia il primo giudice di rinvio libero di ribellarsi all'opinione espressa dalla Corte di cassazione, e che, permettendo di tornare dinanzi alla Corte regionale per nuovi motivi, anche dopo un secondo rinvio successivo al giudizio a Sezioni riunite, apre l'adito in una stessa controversia a una serie teoricamente infinita di sempre rinascenti giudizî di cassazione alternati con giudizî di rinvio, si presta non solo alla critica ma finanche al ridicolo: da questo sistema infatti, che uno scrittore (90) ha chiamato giustamente « *la chinoiserie la plus singulière de toute notre législation* », traggono materia gli oppositori della Cassazione per citare gustosi esempî di lungaggini giudiziarie dovute al cronico susseguirsi dei rinvii (91) e gli stessi fautori della Cassazione sono concordi nel ritenere che dell'intero istituto è questo il punto che

(90) La Grasserie, *Cassation*, pag. 44.

(91) Cfr. Caruso, *Della Suprema magistratura*, cit. (Palermo, 1872), n. V; *Relazione* De Jardins al Congr. giuridico del 1872, § III; *Relaz.* Mari, pag. 221; Diena, *Cass. unica*, pag. 37. Cfr. anche, sebben favorevole in massima all'istituto, Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, pag. 423-428.

con più urgenza occorre riformare (92). Da quasi tutti i Progetti di riforma della Cassazione più volte ricordati è stata riconosciuta la necessità di togliere alle decisioni della Cassazione quel carattere negativo ch'esse hanno nel diritto attuale; e si è proposto:

a) di riconoscere alla Corte di cassazione il potere di pronunciare sul merito, applicando al fatto accertato dal giudice di appello la norma giuridica da essa interpretata; questa innovazione però si trova adottata, secondo i vari Progetti, in misura profondamente diversa, e cioè:

α) per il Progetto De Falco (art. 21-22) la Corte di cassazione poteva pronunciare sul merito soltanto a Sezioni unite, quando fosse investita di un secondo ricorso per gli stessi motivi, in modo che per questo Progetto la riforma non impediva il primo giudizio di rinvio e la facoltà del giudice investito di esso di ribellarsi all'opinione della Cassazione;

β) per il Progetto Vigliani (art. 11) e per quelli Taiani (art. 12), la Corte di cassazione poteva invece decidere il merito fin dal giudizio sul primo ricorso: lo stesso potevano fare per il Progetto Gianturco le sezioni regionali (93); talché con questi sistemi, analoghi a quelli della Revisione germanica e austriaca (94), e già in parte attuati prima della unificazione dalla legislazione modenese e da quella parmense (95) si troncava all'origine, quando il fatto era maturo a decisione, la possibilità del primo e dei successivi rinvii;

b) di applicare fin dal primo giudizio di rinvio la regola (che l'art. 547 CPC limita al secondo rinvio « per gli stessi motivi ») secondo la quale l'autorità giudiziaria a cui la causa è rinviata deve conformarsi alla decisione del « punto di diritto » pronunciato dalla Corte di cassazione (retro, n. 109): in questa proposta, che trova precedenti notevoli nell'art. 157 del *Motuproprio* 6 agosto 1838 di Leopoldo II in Toscana (vol. I, n. 264, 2) e in qualche legislazione straniera (96), si sono trovati d'accordo Progetti delle più diverse tendenze, da qualcuno di quelli che adot-

---

(92) Mattirolo, *Trattato*, IV, nn. 1007-1010; Mortara, *Comm.*, IV, n. 402; Chiovenda, *Principii*, pag. 1069, nota 1, e caso pratico a pag. 1070 e segg.

(93) Cfr. Lessona, in « Rev. trim. », II, 352; anche il Congresso giuridico del 1872 propose l'abolizione del rinvio e la decisione in merito da parte della Corte Suprema fin dal primo ricorso (*Rel.* De Jardins, proposta IV).

(94) Lo notava lo stesso Vigliani nella *Relazione* che precede il Progetto. Cfr. anche le legislazioni di Olanda, Lussemburgo, Spagna (vol. I, nn. 227-229).

(95) CPC di Modena, 1° nov. 1852, art. 52; CPC di Parma 1820, articolo 83. Cfr. vol. I, nn. 260 e 259.

(96) Cfr. vol. I, nn. 217 *c*, 237-239.

tavano la Cassazione unica (97), a qualcuno di quelli che riducevano le Cassazioni regionali a Sezioni distaccate (98); dal Progetto ORLANDO che rendeva definitiva la attuale pluralità provvisoria delle Corti regionali (99) al Progetto del primo Congresso giuridico che contemperava la Cassazione unica colla terza istanza (100). Lasciavano intatta la libertà di decisione del primo giudice di rinvio il Pr. DE FALCO (retro, 18; retro, *sub* lett. *a*, *α*), il Pr. ZANARDELLI-COCCO ORTU (101), il Pr. GALLO.

136. — Se ora ci domandiamo quale, tra i varî sistemi, di cui sopra si è fatto cenno, metta la Corte di cassazione in grado di esercitare colla massima celerità, semplicità ed efficacia il suo ufficio di disciplina unificatrice sulla giurisprudenza, dobbiamo scartare subito quei Progetti che, anche attribuendo efficacia positiva alle decisioni della Corte Suprema nel caso di secondo ricorso per gli stessi motivi (Pr. DE FALCO), lasciavano però sussistere la piena libertà di decisione del primo giudice di rinvio: quando infatti si ammette che il canone della cosidetta « giurisdizione negativa » della Cassazione è ormai vuoto di contenuto e che è utile fare uno strappo alla sua originaria inviolabilità quando ha luogo un secondo annullamento per gli stessi motivi con conseguente secondo rinvio, non si capisce perché proprio si debba aspettare il secondo rinvio per introdurre questa riforma così logica e perché si debba continuare a prolungare il giudizio per garantire al primo giudice di rinvio quella « libertà di coscienza » (!) che risponde a una concezione politica superata da cent'anni.

Ritengo, dunque, che siano da preferirsi quei Progetti che, *fin dal primo giudizio di cassazione,* riconoscono efficacia positiva alle decisioni della Corte suprema; ma, ciò ritenuto, quale dei due sistemi sopra accennati sarà preferibile: quello che attribuisce direttamente alla Corte suprema la cognizione sul merito, o quello che pur mantenendo il rinvio del rescissorio al giudice *a quo,* attribuisce però fin dal primo giudizio di rinvio forza obbligatoria

---

(97) Così le *Modificazioni* introdotte dall'Ufficio Centrale al Pr. TAIANI, art. 15 (rinvio alla *stessa* autorità giudiziaria, ma in diversa sezione o con altri giudici).

(98) Pr. GIANTURCO, in quei casi eccezionali in cui ammetteva il rinvio: cfr. LESSONA, in « Riv. trim. », II, 352; Pr. CIRCOLO GIUR. DI PALERMO, art. 10.

(99) Art. 18 (rinvio alla *stessa* autorità).

(100) *Rel.* DE JARDINS, proposta IV (per la ipotesi che non fosse abolito il rinvio).

(101) Cfr. *Relazione* precedente al Pr., pag. 41: e MATTIROLO, *Trattato,* IV, n. 1008.

alla risoluzione del « punto di diritto » data dalla Corte di cassazione? (102).

Ambedue i sistemi offrono dei vantaggi e degli svantaggi: il primo sistema (103) è più semplice e più sbrigativo, ma presenta il pericolo di aumentare la tendenza, che già è così forte nell'istituto odierno, a sconfinare fuor del proprio ufficio nell'apprezzamento della questione di fatto (104); il secondo sistema (105) è molto più idoneo del primo a mantenere la Cassazione nei limiti assegnatile dal suo scopo, e serve mirabilmente ad isolare dalla fattispecie controversa la questione di diritto e la « massima » con cui dev'esser risolta (106), ma produce l'inconveniente di allontanare sempre di una fase la decisione definitiva del merito, e di aprire spesso l'adito ad ulteriori giudizî di cassazione per nuovi motivi contro la sentenza del giudice di rinvio.

Del resto, l'indagine sul valore comparativo di due sistemi dovrebbe, a mio avviso, partire da un altro punto di vista, sì da poter coinvolgere la soluzione di un più ampio problema: si dovrebbe, cioè, esaminare, se sia utile conservare al ricorso per cassazione il carattere, che attualmente esso ha, di una azione di impugnativa, o se piuttosto non si debba trasformarlo in un vero e proprio mezzo di gravame, sul tipo della Revisione germanica (cfr., specialmente, retro, n. 113). Per dare, infatti, alla Corte Suprema, il potere di decidere definitivamente sul merito senza rinvio, non basterebbe conservare la struttura attuale del ricorso per cassazione, che dà luogo, come tutte le azioni di impugnativa, a un rescindente seguìto da un rescissorio, e solo modificare il sistema attuale nel senso di attribuire al giudice del rescindente anche la cognizione del rescissorio; ma bisognerebbe dare alla Corte di cassazione la facoltà, che ha in Germania il Tribunale dell'Impero, di rivedere in tutta la sua estensione la decisione *in iure* del rapporto di merito, e di risolvere d'ufficio tutte le questioni di diritto

(102) Qualcuno (COURTÉPÉE, in « Rev. gén. de droit », II, 577) propose in Francia un sistema intermedio: rinvio con efficacia vincolante a una quarta Sezione della Corte di cass. incaricata di decidere in merito.

(103) Caldeggiato anche dal PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, 423. e, recentemente dallo STOLFI, *La riforma della Corte di cassazione*, n. 9: cfr. *Verbali della commissione di coordinamento*, 19 maggio 1865 (in GIANZANA, II, pag. 194).

(104) MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1002 e n. 1008.

(105) Favorevoli ad esso: MATTIROLO, *ibidem*, n. 1009; MORTARA, *Comm.*, II, pag. 20; IV, pag. 635; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1069, nota 1.

(106) Si legga la bella pagina che su questa virtù del rinvio scrive CARNELUTTI, nelle sue note su *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura*, n. 10.

che questa comportasse, senza limitarsi, come ora essa deve fare (retro, n. 75) a conoscere di quella sola violazione di legge che il ricorrente fa valere come *causa petendi* della sua azione di impugnativa (107).

Questa riforma radicale avrebbe indubbiamente il vantaggio di rendere impossibile l'inconveniente gravissimo del nostro sistema, nel quale il giudice di rinvio può esser chiamato, con pericolo di nuove cassazioni, a risolvere questioni di diritto su cui, non essendo state dedotte nel ricorso, la Corte di cassazione non ha potuto esprimere il suo avviso (108). Tuttavia i risultati della esperienza che del sistema opposto è stata fatta in Germania, consigliano di andar molto cauti prima di dare dei giudizî definitivi in questa materia: mentre, infatti, negli anni immediatamente seguenti all'andata in vigore del *CPO* germanico, i processualisti tedeschi erano concordi nell'inneggiare alla libertà di riesame *in iure* lasciata al giudice di revisione (cioè alla cosidetta *freie Revisionspraxis*: vol. I, n. 221) (109), oggi sono sempre più numerosi coloro che osservano che i celebrati vantaggi di questa libertà si trasformano in un insopportabile aumento di lavoro per il Tribunale dell'Impero, senza che alcun vantaggio ne derivi alla uniformità della giurisprudenza; e sempre più numerose diventano le voci di coloro che vorrebbero riportare la Revisione germanica alle rigide forme della Cassazione francese (110) con misure anche più decisive di quelle già adottate nelle ultime Novelle (vol. I, n. 220). Sembra pertanto che, facendo tesoro delle altrui esperienze, non si debbano alla leggera disprezzare i vantaggi che, appunto in causa della sua struttura di azione di impugnativa, offre il nostro ricorso per cassazione, il quale lascia alle parti l'ufficio di preparare al giudice di cassazione le « tesi » giuridiche ch'esso è chiamato a risolvere (né c'è da temere che i patrocinatori trascurino di mettere in luce nel ricorso le questioni di diritto veramente importanti!) (111) e di rintracciare così, dietro la spinta del privato interesse, i punti sui quali è possibile una diversità di opinioni giuridiche e sui quali è bene pertanto che l'organo unificatore della giurisprudenza faccia sentire il suo influsso: onde, qualora con opportune cautele si

---

(107) Favorevole a una riforma in questo senso si dimostra MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1195.

(108) Cfr. CHIOVENDA, pag. 1026 e 1066, nota 2.

(109) Cfr. per tutti WACH, *Vorträge*, pag. 292-293; SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 126.

(110) Cfr. FISCHER, in « Jhering's Jahr. », XXXVIII, pag. 265 e segg.; ID., in « J. W. », 1904, specialmente, §§ 16-17; ADICKES, *Grundlinien*, pag. 141 e segg.; NEUKAMP, *Revision*, § 4, 2.

(111) FISCHER, in « J. W. », pag. 43 dell'Estratto.

provveda a eliminare la intollerabile facilità con cui nel sistema attuale possono sorgere in sede di rinvio, a causa della riapertura della istruttoria, questioni giuridiche non discusse nel precedente giudizio d'appello e, di conseguenza, nuovi motivi di ricorso in cassazione (112), si può concludere che per mantenere la esatta ed uniforme interpretazione giurisprudenziale, meglio di un mezzo di gravame che permetta al giudice supremo di decidere direttamente sul merito, può servire il nostro ricorso per cassazione che, lasciando al giudice supremo la cognizione del rescindente, affidi la decisione del rescissorio al giudice di rinvio, coll'obbligo immediato in questo di conformarsi all'opinione giuridica espressa in sede di rescindente dalla Corte di cassazione (113).

137. — In corrispondenza a quanto fu già osservato sulle deficienze che l'attuale ordinamento della Corte di cassazione presenta nel nostro diritto (retro, n. 127), possiamo qui concludere che le riforme, senza le quali l'istituto non dà garanzia di poter raggiungere in pratica lo scopo al quale esso è stato in teoria preordinato, sono, secondo quanto abbiamo visto nei precedenti paragrafi, le seguenti.

A) Dovrebbe esistere nello Stato una sola Corte di cassazione, posta immediatamente al disopra dei tribunali d'appello,

(112) Cfr. gli art. 14 e 15 delle Modificazioni dell'Ufficio Centrale al Pr. TAIANI; e MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 1237.

(113) La *Proposta* CHIOVENDA, nel suo art. 196, elimina radicalmente i principali difetti del nostro ricorso per cassazione, pur rispettando la sua struttura di azione di impugnativa. Detto articolo stabilisce che « se il ricorso è accolto per violazione o per falsa applicazione della legge, la Corte statuisce essa stessa nella causa, ove ciò sia possibile, in base ai fatti accertati nella sentenza impugnata *ed entro i limiti della contestazione* [Le parole in corsivo sono state aggiunte dal Gruppo che ha discusso la *Proposta*]. Se la Corte non trova matura la causa per una decisione definitiva la rinvia all'autorità giudiziaria che ha pronunciato in secondo grado; se questa è divisa in sezioni, può rinviarla ad una sezione diversa da quella che ha pronunciato. La sentenza che rinvia deve pronunciare su tutti i motivi di ricorso, in quanto ciò sia necessario per non lasciare questioni insolute nella prosecuzione della causa. L'autorità giudiziaria a cui è rinviata la causa deve conformarsi alla decisione della Corte di cassazione sui punti di diritto sui quali questa ha pronunciato ».

Questa disposizione, nella quale è evidente l'influsso del § 565 *CPO* germanico, non trasforma tuttavia il ricorso in Cassazione in una *revisio in iure* simile alla *Revision* germanica; poiché, pur opportunissimamente stabilendo che la Cassazione debba pronunciare su tutti i motivi di ricorso, non ammette, contrariamente a quanto dispone il § 559 *CPO*, che la Cassazione debba d'ufficio rivedere la *quaestio iuris* in tutta la sua ampiezza, anche nei punti non sollevati dalla parte ricorrente come motivi di ricorso.

costituita in materia civile da una sola sezione, o, se la pluralità delle sezioni fosse resa necessaria dal numero eccessivo dei ricorsi, da più sezioni riunite in una sola sede, in modo da render facile, nella ipotesi di disparità di opinione tra le varie sezioni, la convocazione d'ufficio di una deliberazione plenaria sul punto controverso (retro, nn. 130-132).

B) Il ricorso per cassazione dovrebbe essere ammesso solo per quei motivi che interessano la interpretazione giurisprudenziale del diritto obiettivo, cioè soltanto per errore *in iudicando* sulla esistenza, sul significato, sulla applicabilità al caso concreto di una norma giuridica, sostanziale o processuale: questa riduzione dei motivi di cassazione produrrebbe (ove fosse accoppiata con qualche altra misura restrittiva, quale l'aumento della somma richiesta come deposito preventivo a titolo di multa) una tale diminuzione del numero dei ricorsi da render possibile anche in Italia, come in Francia, il funzionamento della Cassazione unica con una sola sezione civile (retro, nn. 133-134).

C) Il ricorso per cassazione dovrebbe mantenere la struttura processuale di azione di impugnativa ch'esso ha attualmente, ma la opinione giuridica espressa dalla Corte di cassazione nel giudizio rescindente dovrebbe fin dal primo rinvio essere obbligatoria per il giudice investito del giudizio rescissorio, che dovrebbe limitarsi, di regola, alla rinnovazione dello stadio di decisione (retro, nn. 135-136).

Attraverso una coraggiosa riforma inspirata a queste direttive — che non sono frutto della valutazione di variabili opportunità politiche, alla quale non mi sentirei competente, ma che sono conseguenza logica di quelle premesse positive, che sole hanno valso a far accogliere la Cassazione nel nostro ordinamento giudiziario — si potrà ottenere che questo istituto serva veramente allo scopo cui si dice che debba servire; non a favorire, cioè, lo spirito di litigiosità dei ricorrenti, ma a facilitare e a disciplinare quella preziosa opera di chiarimento e di ringiovanimento del diritto obiettivo che la giurisprudenza compie senza posa. Che se poi non si riuscisse, come non si è riusciti finora, a riportare alla purezza del suo ufficio questa Cassazione che oggidì lo Stato, con notevole aggravio del suo bilancio, mantiene soltanto per assicurare ai capoluoghi regionali un « traffico giudiziario » corrispondente agli interessi e alle tradizioni del luogo, allora non ci sarebbe da auspicare per questo istituto che una sola riforma: la sua abolizione.